

Sygn. akt: KIO 2627/18

WYROK
z dnia 11 stycznia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Dominik Haczykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 stycznia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 grudnia 2018 r. przez wykonawcę **S&T Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Intercity S.A. z siedzibą w Warszawie**,

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu wskazanego w punkcie 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 10, 11, 12, 13 oraz 15 odwołania.
2. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu wskazanego:
 - 2.1. w punkcie 14 odwołania i nakazuje Zamawiającemu zmianę postanowienia § 4 ust. 4 wzoru umowy poprzez usunięcie postanowień dotyczących możliwości żądania przez Zamawiającego wymiany wszystkich dostarczonych do tego czasu urządzeń i dodanie uprawnienia Zamawiającego do wymiany wyłącznie urządzeń, które nie spełniają wymagań wynikających z umowy.
3. Za nieuzasadnione uznaje zarzuty wskazane w punkcie 7, 9, 16 i 17 odwołania.
4. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – **PKP Intercity S.A. z siedzibą w Warszawie** i:
 - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – wykonawcę **S&T Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 4.2. zasądza od Zamawiającego – **PKP Intercity S.A. z siedzibą w Warszawie** na rzecz Odwołującego – wykonawcy **S&T Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą

uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – PKP Intercity S.A. z siedzibą w Warszawie [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *dostawę terminali i drukarek mobilnych wraz z akcesoriami* (znak postępowania: 07/09/IT/2018).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 grudnia 2018 r. pod numerem 2018/S 239-546865.

W dniu 21 grudnia 2018 r. wykonawca S&T Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie [dalej „Odwołujący” lub „S&T”] wniósł odwołanie wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ogłoszenia o zamówieniu w zakresie:

1. TERMIN PROJEKTU TOREB [Zarzut #1]:

a. § 3 ust. 3 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 1 do SIWZ (dalej: „Wzór Umowy”), w zakresie zastrzeżenia 14 dniowego terminu od dnia zawarcia umowy na uzgodnienie między Stronami projekt toreb;

zarzucam naruszenie:

b. art. 29 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący i nieuwzględniający wszystkich okoliczności faktycznych mających wpływ na realizację zamówienia oraz

c. art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 58 § 2 KC w zw. z art. 387 § 1 KC w zw. z art. 353¹ KC poprzez określenie nierealnych terminów realizacji poszczególnych etapów zamówienia, które znacząco utrudniają lub wręcz uniemożliwiają wykonawcom wykonanie całego zamówienia w terminie określonym przez Zamawiającego w umowie, w zakresie w którym Zamawiający zastrzega, że w ciągu 14 dni od dnia zawarcia umowy zostanie uzgodniony między Stronami projekt toreb objętych przedmiotem umowy, który to termin przy uwzględnieniu terminu realizacji całego zamówienia, a przede wszystkim procesu tworzenia projektu przy czynnym udziale Zamawiającego, jest terminem uniemożliwiającym realizację całego zamówienia w terminie określonym w § 2 ust. 1 Wzoru Umowy;

stawiając powyższe zarzuty wnoszę o nakazanie Zamawiającemu:

d. modyfikację postanowienia § 3 ust. 3 Wzoru Umowy poprzez wyznaczenie terminu na uzgodnienie projektu toreb do 24 dni od dnia zawarcia umowy;

2. TERMIN DOSTAWY URZĄDZEŃ I AKCESORIÓW [Zarzut #2]:

a. § 2 ust. 1 Wzoru Umowy w zakresie zastrzeżenia 60 dniowego terminu realizacji zamówienia

od dnia zawarcia umowy;

zarzucam naruszenie:

b. art. 29 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący i nieuwzględniający wszystkich okoliczności faktycznych mających wpływ na realizację zamówienia; oraz

c. art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 58 § 2 KC w zw. z art. 387 §1 KC w zw. z art. 353¹ KC poprzez określenie nierealnych terminów realizacji poszczególnych etapów zamówienia oraz terminu realizacji całego zamówienia, które znacząco utrudniają lub wręcz uniemożliwiają wykonawcom wykonanie całego zamówienia w terminie określonym przez Zamawiającego w umowie w zakresie zastrzeżenia, że zastrzega, że termin realizacji zamówienia wynosi 60 dni od dnia zawarcia umowy, który to termin zupełnie nie uwzględnia czasu realizacji wszystkich etapów realizacji zamówienia i okoliczności faktycznych wpływających na realizację tego zamówienia; co w konsekwencji oznacza, że jest niemożliwy do zachowania przez wykonawców, a przy tym Zamawiający zastrzega sobie prawo do naliczenia kary umownej za każdy dzień zwłoki oraz prawo odstąpienia od umowy w przypadku zwłoki w realizacji przedmiotu umowy;

stawiając powyższe zarzuty wnoszę o nakazanie Zamawiającemu:

d. modyfikację postanowienia § 2 ust. 1 Wzoru Umowy poprzez wyznaczenie terminu realizacji umowy na 100 dni od dnia zawarcia umowy;

3. TERMIN MONTAŻU I KONFIGURACJI KART SIM, WYKONANIA POPRAWNEJ INSTALACJI SYSTEMU EMM I APLIKACJI [Zarzut #3]:

a. § 5 ust. 3 pkt 3.2 i pkt 3.4 Wzoru Umowy w zakresie 7 dniowego terminu (przed terminem określonym w § 2 ust. 1 Wzoru Umowy) na montaż i konfigurację kart SIM dostarczonych przez Zamawiającego, wykonania poprawnej instalacji Systemu EMM i aplikacji dostarczonych przez Zamawiającego we wszystkich terminalach;

zarzucam naruszenie:

b. art. 29 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący i nieuwzględniający wszystkich okoliczności faktycznych mających wpływ na realizację zamówienia; oraz

c. art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 58 § 2 KC w zw. z art. 387 § 1 KC w zw. z art. 353¹ KC poprzez określenie nierealnych terminów realizacji poszczególnych etapów zamówienia oraz terminu realizacji całego zamówienia, które znacząco utrudniają lub wręcz uniemożliwiają wykonawcom wykonanie całego zamówienia w terminie określonym przez Zamawiającego w umowie w zakresie, w jakim Zamawiający zastrzega termin na montaż i konfigurację kart SIM dostarczonych przez Zamawiającego oraz zastrzega wykonanie poprawnej instalacji Systemu EMM i aplikacji dostarczonych przez Zamawiającego we wszystkich terminalach nie później niż 7 dni przed terminem określonym w § 2 ust. 1 Wzoru

Umowy, który jest terminem nierealnym na wykonanie powyższych czynności, bowiem nieuwzględniającym skomplikowanego procesu kompletacji urządzeń objętych przedmiotem zamówienia;

stawiając powyższe zarzuty wnoszę o nakazanie Zamawiającemu:

d. modyfikację postanowień § 5 ust. 3 pkt 3.2 i pkt 3.4 Wzoru Umowy poprzez wyznaczenie terminu na dokonanie czynności określonych w powyższych punktach nie później niż 21 dni przed terminem określonym w § 2 ust. 1 Wzoru Umowy;

4. TERMIN INSTALACJI I KONFIGURACJI SYSTEMU EMM ORAZ UDOSTĘPNIENIE INFRASTRUKTURY SERWEROWEJ [Zarzut #4]:

a. § 5 ust. 3 pkt 3.7 Wzoru Umowy w zakresie 7 dniowego terminu (przed terminem określonym w § 2 ust. 1 Wzoru Umowy) na dokonanie instalacji i konfiguracji systemu EMM oraz braku wskazania w sposób jednoznaczny terminu, w którym zostanie udostępniona wykonawcom infrastruktura serwerowa Zamawiającego

zarzucam naruszenie:

b. art. 29 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący i nieuwzględniający wszystkich okoliczności faktycznych mających wpływ na realizację zamówienia; oraz

c. art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 58 § 2 KC w zw. z art. 387 § 1 KC w zw. z art. 353¹ KC poprzez określenie nierealnych terminów realizacji poszczególnych etapów zamówienia oraz terminu realizacji całego zamówienia, które znacząco utrudniają lub wręcz uniemożliwiają wykonawcom wykonanie całego zamówienia w terminie określonym przez Zamawiającego w umowie w zakresie, w jakim Zamawiający zastrzega termin na dokonanie instalacji i konfiguracji systemu EMM nie później niż 7 dni przed terminem określonym w § 2 ust. 1 Wzoru Umowy, podczas gdy termin ten jest nierealny do wykonania tych czynności, a dodatkowo Zamawiający nie wskazał w sposób jednoznaczny terminu, w którym zostanie udostępniona wykonawcom infrastruktura serwerowa Zamawiającego;

stawiając powyższe zarzuty wnoszę o nakazanie Zamawiającemu:

d. modyfikację postanowienia § 5 ust. 3 pkt 3.7 Wzoru Umowy poprzez wyznaczenie Zamawiającemu terminu na udostępnienie przez niego infrastruktury serwerowej wykonawcom nie później niż 14 dni od podpisania umowy;

5. LICZBA LICENCJI W PRAWIE OPCJI [Zarzut #5]:

a. pkt II.2.11 ppkt 12 Ogłoszenia o zamówieniu, rozdz. V ust. 5 pkt 12 SIWZ oraz § 1 ust. 4 pkt 4.3.2. Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 1 do SIWZ, w którym Zamawiający zastrzega, iż prawo opcji będzie polegało na udzieleniu 1500 licencji niewygasających dla Systemu EMM, co stoi w sprzeczności z treścią rozdz. I ust. 1 pkt 1.2.2.11 i rozdz. IV ust. 5 pkt 5.2.10 Opisu przedmiotu zamówienia oraz § 10 ust. 1 i § 14 ust. 2 i ust. 3 pkt 3.2 Wzoru Umowy

zarzucam naruszenie:

b. art. 29 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, a jednocześnie wprowadzający w błąd wykonawców co do liczby licencji objętych przedmiotem umowy w zakresie zamówienia podstawowego oraz prawa opcji Zamawiającego, co uniemożliwia wykonawcom dokonanie prawidłowej kalkulacji oferty z uwzględnieniem prawa opcji oraz złożenia oferty niepodlegającej odrzuceniu w zakresie, w którym Zamawiający zastrzega, iż prawo opcji będzie polegało na udzieleniu 1500 licencji niewygasających dla Systemu EMM, co stoi w sprzeczności z treścią rozdz. 1 ust. 1 pkt 1.2.2.11 i rozdz. IV ust. 5 pkt 5.2.10 Opisu przedmiotu zamówienia oraz § 10 ust. 1 i § 14 ust. 2 i ust. 3 pkt 3.2 Wzoru Umowy

stawiając powyższe zarzuty wnoszę o nakazanie Zamawiającemu:

c. modyfikację w zakresie pkt II.2.11 ppkt 12 Ogłoszenia o zamówieniu, rozdz. V ust. 5 pkt 12 SIWZ oraz § 1 ust. 4 pkt 4.3.2. Wzoru Umowy, rozdz. I ust. 1 pkt 1.2.2.11 i rozdz. IV ust. 5 pkt 5.2.10 Opisu przedmiotu zamówienia oraz §10 ust. 1 i §14 ust. 2 i ust. 3 pkt 3.2 Wzoru Umowy poprzez wskazanie konkretnej liczby licencji objętych przedmiotem zamówienia podstawowego oraz prawem opcji w niniejszym postępowaniu;

6. TERMIN W PRAWIE OPCJI [Zarzut #6]:

a. rozdz. VI ust. 2 SIWZ oraz § 14 ust. 6 pkt 4.3.2. Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 1 do SIWZ, w zakresie zastrzeżenia, iż termin dostawy urządzeń i licencji objętych prawem opcji nie może być dłuższy niż 30 dni od dnia otrzymania zlecenia od Zamawiającego.

zarzucam naruszenie:

b. art. 29 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia- w sposób niejednoznaczny; niewyczerpujący i nieuwzględniający wszystkich okoliczności faktycznych mających wpływ na realizację zamówienia; oraz

c. art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 58 § 2 KC w zw. z art. 387 § 1 KC w zw. z art.353¹ KC poprzez określenie nierealnego terminu realizacji dostawy w ramach prawa opcji, który znacząco utrudnia lub wręcz uniemożliwia wykonawcom wykonanie całego zamówienia w terminie określonym przez Zamawiającego w umowie;

stawiając powyższe zarzuty wnoszę o nakazanie Zamawiającemu:

d. modyfikację w zakresie rozdz. VI ust. 2 SIWZ oraz § 14 ust. 6 pkt 4.3.2. Wzoru Umowy poprzez wyznaczenie terminu na realizację przedmiotu umowy w ramach skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji do 60 dni od dnia otrzymania zlecenia od Zamawiającego;

7. KARY UMOWNE - PRZEDMIOT [Zarzut #7]:

a. § 9 ust. 1 pkt 1.7 - 1.9 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 1 do SIWZ, w zakresie, w jakim zamawiający zastrzega naliczenie kar umownych za niedotrzymanie deklarowanego czasu ciągłej pracy terminala mobilnego, maksymalnego czasu odczytu kodu 1D i/lub 2D oraz maksymalnego czasu odczytu nośnika RFID;

zarzucam naruszenie:

b. art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący; oraz

c. art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 58 §1 i 2 KC w zw. z art. 473 § 1 KC w zw. z art. 353¹ KC poprzez rozszerzenie odpowiedzialności wykonawcy i nałożenie na niego odpowiedzialności za okoliczności na które są od niego niezależne i na którego nie ma wpływu, co biorąc pod uwagę adhezyjny charakter umowy o zamówienie publiczne stanowi naruszenie równowagi stron, ekwiwalentności świadczeń, istoty stosunku zobowiązaniowego i jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego w zakresie w którym zamawiający zastrzega naliczenie kar umownych za niedotrzymanie deklarowanego czasu ciągłej pracy terminala mobilnego, maksymalnego czasu odczytu kodu 1D i/lub 2D oraz maksymalnego czasu odczytu nośnika RFID, podczas gdy Zamawiający nie opisał metodologii badania odczytu kart RFID oraz odczytu kodu 1D/2D

stawiając powyższe zarzuty wnoszę o nakazanie Zamawiającemu:

d. usunięcie postanowień §9 ust. 1 pkt 1.7 -1.9 Wzoru Umowy;

8. KARY UMOWNE - WYSOKOŚĆ [Zarzut #8]:

a. § 9 ust. 1 pkt 1.6 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 1 do SIWZ, w którym zamawiający zastrzega naliczenie wygórowanych i nieproporcjonalnych do przedmiotu zamówienia kar umownych za każdy dzień opóźnienia, w dostarczeniu urządzeń i licencji-objętych prawem opcji

zarzucam naruszenie:

b. art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 58 § 2 KC w zw. z art. 353¹ KC w zw. z art. 484 § 1 i § 2 KC poprzez nałożenie na wykonawcę obowiązku zapłaty rażąco wygórowanej kary umownej w zakresie § 9 ust. 1 pkt 1.6 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 1 do SIWZ, w którym zamawiający zastrzega naliczenie wygórowanych i nieproporcjonalnych do przedmiotu zamówienia kar umownych za każdy dzień opóźnienia w dostarczeniu urządzeń i licencji objętych prawem opcji

stawiając powyższe zarzuty wnoszę o nakazanie Zamawiającemu:

c. modyfikację postanowienia § 9 ust. 1 pkt 1.6 Wzoru Umowy poprzez zmianę zasad naliczania kar umownych za opóźnienie w związku ze zwłoką w realizacji przedmiotu zamówienia w przypadku skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji i określenie ich procentowo na analogicznych zasadach jak w przypadku zamówienia podstawowego

9. PRAWO ODSTĄPIENIA [Zarzut #9]

a. § 12 ust. 1 pkt 1.3 - 1.5 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 1 do SIWZ, w którym Zamawiający zastrzega sobie prawo odstąpienia od umowy w przypadku powtarzającej się wady urządzeń, jednoczesnego pozostawania w naprawie lub wymianie 10 % urządzeń objętych zamówieniem oraz niedotrzymania deklarowanego w ofercie maksymalnego czasu ciągłej pracy urządzeń objętych zamówieniem

zarzucam naruszenie:

b. art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 58 § 2 KC w zw. z art. 353¹ KC poprzez umożliwienie Zamawiającemu odstąpienia od umowy w przypadku wystąpienia okoliczności, które są niezależne od wykonawcy i na które nie ma wpływu, co biorąc pod uwagę adhezyjny charakter umowy o zamówienie publiczne stanowi naruszenie równowagi stron, ekwiwalentności świadczeń, istoty stosunku zobowiązaniowego i jest sprzeczne z zasadami współzycia społecznego w zakresie w którym Zamawiający zastrzega sobie prawo odstąpienia od umowy w przypadku powtarzającej się wady urządzeń, jednoczesnego pozostawania w naprawie lub wymianie 10 % urządzeń objętych zamówieniem oraz niedotrzymania deklarowanego w ofercie maksymalnego czasu ciągłej pracy urządzeń objętych zamówieniem

stawiając powyższe zarzuty wnoszę o nakazanie Zamawiającemu:

c. usunięcie postanowień § 12 ust. 1 pkt 1.3 - 1.5 Wzoru Umowy lub modyfikację katalogu okoliczności umożliwiających Zamawiającemu odstąpienie od Umowy do takich, na które wykonawcy faktycznie mają wpływ.

10. ŁADOWARKA/STACJA DOKUJĄCA DO ŁADOWANIA DRUKARKI MOBLINEJ Z JEDNOCZESNYM ŁADOWANIEM DODATKOWEGO AKUMULATORA [Zarzut #10]:

a. § 1 ust. 3.2. pkt 3.2.4 oraz ust. 4 pkt 4.2.4 Wzoru Umowy w zakresie wymagania aby ładowarki sieciowe lub stacje dokujące do ładowania akumulatora zainstalowanego w drukarce mobilnej posiadały możliwość jednoczesnego ładowania zapasowego akumulatora;

b. rozdz. 1 ust. 1 pkt 1.1.2.4 OPZ w zakresie wymagania aby ładowarki sieciowe lub stacje dokujące do ładowania akumulatora zainstalowanego w drukarce mobilnej posiadały możliwość jednoczesnego ładowania zapasowego akumulatora;

c. rozdz. III OPZ - parametry techniczne drukarki mobilnej - zasilanie w zakresie wymagania aby ładowarki sieciowe lub stacje dokujące do ładowania akumulatora zainstalowanego w drukarce mobilnej posiadały możliwość jednoczesnego ładowania zapasowego akumulatora;

d. rozdz. V ust. 1 pkt 6) SIWZ zakresie wymagania aby ładowarki sieciowe lub stacje dokujące do ładowania akumulatora zainstalowanego w drukarce mobilnej posiadały możliwość jednoczesnego ładowania zapasowego akumulatora;

e. rozdz. 11.2.4) ust. 1 pkt 6) Ogłoszenia o zamówieniu zakresie wymagania aby ładowarki sieciowe lub stacje dokujące do ładowania akumulatora zainstalowanego w drukarce mobilnej posiadały możliwość jednoczesnego ładowania zapasowego akumulatora;

zarzucam naruszenie:

f. art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieproporcjonalny oraz uniemożliwiający uczciwą konkurencję, nieuzasadniony potrzebami Zamawiającego, poprzez postawienie wymagania, aby ładowarki sieciowe lub

stacje, dokujące do ładowania akumulatora zainstalowanego w drukarce mobilnej posiadały możliwość jednoczesnego ładowania zapasowego akumulatora, podczas gdy żadne urządzenia, które spełniają wymagania SIWZ nie posiadają kompatybilnych ładowarek lub stacji dokujących oferujących takie rozwiązania, co prowadzi do nieuzasadnionego zawężenia konkurencji i uniemożliwienie złożenia oferty przez wykonawców, oferujących urządzenia spełniające wszystkie wymagania, poza ładowarkami sieciowymi lub stacjami dokującym, które stanowią niewielką część zamówienia;

stawiając powyższe zarzuty wnosząc o nakazanie Zamawiającemu:

g. modyfikację §1 ust. 3.2. pkt 3.2.4 oraz 4 pkt 4.2.4 Wzoru Umowy poprzez usunięcie wymagania stacji dokującej do ładowania akumulatora zainstalowanego w drukarce mobilnej i jednoczesnego ładowania zapasowego akumulatora;

h. modyfikację rozdz. 1 ust. 1 pkt 1.1.2.4 OPZ poprzez usunięcie wymagania stacji dokującej do ładowania akumulatora zainstalowanego w drukarce mobilnej i jednoczesnego ładowania zapasowego akumulatora; modyfikację rozdz. III OPZ - parametry techniczne drukarki mobilnej - zasilanie poprzez usunięcie wymagania stacji dokującej do ładowania akumulatora zainstalowanego w drukarce mobilnej i jednoczesnego ładowania zapasowego akumulatora;

i. modyfikację rozdz. V ust. 1 pkt 6) SIWZ poprzez usunięcie wymagania stacji dokującej do ładowania akumulatora zainstalowanego w drukarce mobilnej i jednoczesnego ładowania zapasowego akumulatora;

j. modyfikację rozdz. 11.2.4) ust. 1 pkt 6) Ogłoszenia o zamówieniu poprzez usunięcie wymagania stacji dokującej do ładowania akumulatora zainstalowanego w drukarce mobilnej i jednoczesnego ładowania zapasowego akumulatora;;

ewentualnie, w przypadku uznania, że nie zachodzą podstawy do usunięcia powyższego zastrzeżenia:

k. modyfikację § 1 ust. 3.2. pkt 3.2.4 oraz 4 pkt 4.2.4 Wzoru Umowy poprzez modyfikację zapisu poprzez możliwość dostarczenia osobnej ładowarki sieciowej do drukarki mobilnej oraz osobnej ładowarki do ładowania akumulatora zapasowego;

l. modyfikację rozdz. 1 ust. 1 pkt 1.1.2.4 OPZ poprzez modyfikację zapisu poprzez możliwość dostarczenia osobnej ładowarki sieciowej do drukarki mobilnej oraz osobnej ładowarki do ładowania akumulatora zapasowego;

m. modyfikację rozdz. III OPZ - parametry techniczne drukarki mobilnej – zasilanie poprzez modyfikację zapisu poprzez możliwość dostarczenia osobnej ładowarki sieciowej do drukarki mobilnej oraz osobnej ładowarki do ładowania akumulatora zapasowego;

n. modyfikację rozdz. V ust. 1 pkt 6) SIWZ poprzez modyfikację zapisu poprzez możliwość dostarczenia osobnej ładowarki sieciowej, do drukarki mobilnej oraz osobnej ładowarki do ładowania akumulatora zapasowego;

o. modyfikację rozdz. 11.2.4) ust. 1 pkt 6) Ogłoszenia o zamówieniu poprzez modyfikację

zapisu poprzez możliwość dostarczenia osobnej ładowarki sieciowej do drukarki mobilnej oraz osobnej ładowarki do ładowania akumulatora zapasowego;

11. BŁĘDY FUNKCJONALNE [Zarzut #11]:

a. rozdz. IV ust. 4 pkt 4.3.3 OPZ w zakresie usuwania błędów funkcjonalnych w działaniu Urzędzeń;

b. rozdz. IV ust. 4 pkt 4.3.4 OPZ w zakresie usuwania błędów funkcjonalnych w działaniu Systemu EMM

zarzucam naruszenie:

c. art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez niejednoznaczne i niewyczerpujące określenie zakresu zamówienia (zobowiązania wykonawcy);

stawiając powyższe zarzuty wnoszę o nakazanie Zamawiającemu:

d. modyfikację rozdz. IV ust. 4 pkt 4.3.4 OPZ poprzez usunięcie zobowiązania do usuwania błędów funkcjonalnych w działaniu Urzędzeń;

ewentualnie, w przypadku uznania, że nie zachodzą podstawy do usuwania takich błędów:

zamieszczenie definicji błędów funkcjonalnych, które wykonawca będzie zobowiązany usuwać;

e. modyfikację rozdz. IV ust. 4 pkt 4.3.4 OPZ poprzez usunięcie zobowiązania do usuwania błędów funkcjonalnych w działaniu Systemu EMM;

ewentualnie, w przypadku uznania, że nie zachodzą podstawy do usuwania ww. zobowiązania:

zamieszczenie definicji błędów funkcjonalnych, które wykonawca będzie zobowiązany usuwać;

12. DOSTĘPNOŚĆ NA RYNKU [Zarzut #12]:

a. rozdz. III OPZ - parametry techniczne terminala mobilnego - dostępność na rynku w zakresie zastrzeżenia, że minimalny 6-cio miesięczny okres dostępności urzędzeń na rynku nie dotyczy nowszych wersji poprzednio użytkowanych modeli Urzędzeń lub wbudowania dodatkowych komponentów typu złącze karty SIM lub SAM;

b. rozdz. III OPZ - parametry techniczne terminala mobilnego - dostępność na rynku w zakresie zastrzeżenia, że urządzenia muszą być dostępne na rynku minimum 6 miesięcy przed data składania ofert, a nie datą ogłoszenia o zamówieniu;

zarzucam naruszenie:

c. art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję poprzez dopuszczenie rozwiązań nowych, nieprzetestowanych, nieadekwatnych do potrzeb Zamawiającego, co utrudnia uczciwą konkurencję poprzez konieczność konkurowania przez podmioty posiadające sprawdzone rozwiązania z podmiotami oferujące niesprawdzone urządzenia;

d. art. 29 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia

w sposób utrudniający uczciwą konkurencję poprzez umożliwienie przedłużania przez Zamawiającego jak również potencjalnych oferentów terminu złożenia oferty do czasu uzyskania spełnienia przez oferowane urządzenie okresu dostępności na rynku wymaganego przez Zamawiającego tj. 6 miesięcy od daty składania oferty;

stawiając powyższe zarzuty wnoszę o nakazanie Zamawiającemu:

e. modyfikację rozdz. III OPZ - parametry techniczne terminala mobilnego - dostępność na rynku poprzez usunięcie zastrzeżenia, że minimalny 6-cio miesięczny okres dostępności urządzeń na rynku nie dotyczy nowszych wersji poprzednio użytkowanych modeli Urządzeń lub wbudowania dodatkowych komponentów typu złącze karty SIM lub SAM;

ewentualnie, w przypadku uznania, że nie zachodzą podstawy do usunięcia powyższego zastrzeżenia:

doprecyzowanie, że nowa wersja oznacza wyłącznie model urządzenia do którego dodano nowe funkcjonalności w stosunku do poprzednio użytkowanego modelu urządzenia bez zmiany pozostałych parametrów bazowych, jednoznacznie identyfikujących model urządzenia;

f. modyfikację rozdz. III OPZ - parametry techniczne terminala mobilnego - dostępność na rynku poprzez modyfikację zapisu, iż urządzenia nie są prototypowe, tj. dostępne na rynku minimum 6 miesięcy od daty publikacji ogłoszenia o zamówieniu;

13. INSTALACJA OPROGRAMOWANIA I METODOLOGIA WYKONYWANIA TESTÓW TERMINALI MOBILNYCH I DRUKAREK [Zarzut #13]

a. § 1 ust. 5 pkt. 5.1 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 1 do SIWZ, w zakresie wymogu Zamawiającego dot. instalacji, konfiguracji i testów terminali mobilnych i drukarek - w tym testów GSM i Wi-Fi - w sposób ustalony w ramach bliżej nieokreślonych prac Komitetu Sterującego;

zarzucam naruszenie:

b. art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący; oraz

c. art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. z art. 58 § 1 i 2 oraz art. 353¹ KC poprzez wskazanie w § 1 ust. 5 pkt 5.1 Umowy sposobu przeprowadzenia instalacji, konfiguracji i testów dostarczanych terminali i drukarek „w sposób ustalony w ramach prac Komitetu Sterującego”, tj. w sposób niejasny, nieprecyzyjny dla wykonawcy, w szczególności w sposób niewskazujący kryteriów i sposobu przeprowadzenia ww. testów;

stawiając powyższe zarzuty wnoszę o nakazanie Zamawiającemu:

d. modyfikację § 1 ust. 5 pkt. 5.1 Umowy poprzez przeniesienie na Zamawiającego obowiązku instalacji aplikacji Zamawiającego;

e. modyfikację § 1 ust. 5 pkt. 5.1 Umowy poprzez dodanie do Umowy szczegółowego opisu kryteriów i sposobu przeprowadzania testów, w tym w szczególności testów GSM/Wi-Fi.

14. UPRAWNIENIE DO WYMIANY WSZYSTKICH DOSTARCZONYCH URZĄDZEŃ [Zarzut #14]:

a. § 4 ust. 4 Wzoru Umowy w zakresie uprawnienia Zamawiającego do przeprowadzenia badań losowo wybranych egzemplarzy oraz ponownego testu wydajności terminala pod kątem potwierdzenia zgodności z wynikiem testu przeprowadzonego na etapie oceny ofert, w konsekwencji którego może powstać uprawnienie Zamawiającego do wymiany wszystkich dostarczonych urządzeń;

wyżej wskazanemu postanowieniu zarzucam naruszenie:

b. art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. z art. 58 § 1 i 2 oraz art. 353¹ KC poprzez zawarcie w Umowie uprawnienia Zamawiającego do żądania wymiany wszystkich dostarczonych urządzeń w sytuacji, gdy co najmniej 2 egzemplarze danego rodzaju urządzenia nie spełniają wymogów Umowy; co jest niezgodne z zasadami współżycia społecznego;

stawiając powyższe zarzuty wnoszę o nakazanie Zamawiającemu:

c. modyfikację § 4 ust. 4 Umowy poprzez usunięcie postanowień dotyczących możliwości żądania przez Zamawiającego wymiany wszystkich dostarczonych do tego czasu Urządzeń i dodanie uprawnienia Zamawiającego do wymiany wyłącznie urządzeń, które nie spełniają wymagań wynikających z Umowy.

15. BRAK OPISU PROCEDURY TESTÓW AKUMULATORA [Zarzut #15]:

a. rozdział XV ust. 3 SIWZ oraz rozdz. II pkt 2.5) Ogłoszenia o zamówieniu w zakresie przyznawania punktów w kryterium *czasu pracy terminala*,

zarzucam naruszenie:

b. art. 91 ust. 2d ustawy Pzp poprzez określenie kryterium oceny ofert w sposób niejednoznaczny i uniemożliwiający sprawdzenie informacji przedstawianych przez wykonawców ze względu na to, że Zamawiający nie opisał szczegółowo procedury przeprowadzania testu czasu pracy terminala.

stawiając powyższy zarzut wnoszę o nakazanie Zamawiającemu:

c. modyfikację rozdział XV ust. 3 SIWZ oraz 11.2.5) Ogłoszenia o zamówieniu poprzez o dodanie przez Zamawiającego szczegółowego opisu procedury testów terminala w celu zbadania wydajności akumulatora.

16. KRYTERIUM PRARAMETRÓW WYDAJNOŚCI TERMINALA [Zarzut #16]:

a. rozdział XV ust. 4 SIWZ oraz rozdz. II pkt 2.5) Ogłoszenia o zamówieniu w zakresie przyznawania punktów w kryterium *parametrów wydajności terminala*

zarzucam naruszenie:

b. art. 91 ust. 2d ustawy Pzp poprzez określenie kryterium oceny ofert w sposób nieadekwatny do potrzeb Zamawiającego, ze względu na badanie parametrów nadwymiarowej wydajności procesora, względem rzeczywistej eksploatacji niezbędnej dla Zamawiającego.

stawiając powyższe zarzuty wnoszę o nakazanie Zamawiającemu:

c. modyfikację rozdział XV ust. 4 SIWZ oraz 11.2.5) Ogłoszenia o zamówieniu poprzez usunięcie z kryteriów oceny ofert kryterium *parametrów wydajności terminala* oraz odpowiednie dostosowanie pozostałych parametrów po usunięciu ww. parametru ewentualnie, w przypadku uznania, że nie zachodzą podstawy do usunięcia powyższego zastrzeżenia:

zmianę wagi punktacji dla kryteriów jakościowych wydajności terminala.

17. WYMAGANIA W ZAKRESIE PARAMETRÓW TECHNICZNYCH TERMINALI MOBILNYCH [Zarzut #17]:

a. modyfikację rozdz. III OPZ - parametry techniczne terminala mobilnego - moduły komunikacji bezprzewodowej, w zakresie wymogu Zamawiającego dotyczącego maksymalnego czasu odczytu jednego nośnika w czasie 2 sekund;

b. modyfikację rozdz. III OPZ - parametry techniczne terminala mobilnego - moduły peryferyjne, w zakresie wymogu Zamawiającego dotyczącego maksymalnego czasu odczytu jednego kodu w czasie 2 sekund;

wyżej wskazanym postanowieniom zarzucam naruszenie:

c. art. 29 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieproporcjonalny, nieuzasadniony potrzebami Zamawiającego oraz uniemożliwiający uczciwą konkurencję;

d. art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 58 § 1 i 2 KC w zw. z art. 473 § 1 KC w zw. z art. 353¹ KC poprzez rozszerzenie odpowiedzialności wykonawcy i nałożenie na niego odpowiedzialności za okoliczności na które są od niego niezależne i na którego nie ma wpływu, co biorąc pod uwagę adhezyjny charakter umowy o zamówienie publiczne stanowi naruszenie równowagi stron, ekwiwalentności świadczeń, istoty stosunku zobowiązaniowego i jest sprzeczne z zasadami

stawiając powyższe zarzuty wnoszę o nakazanie Zamawiającemu:

e. modyfikację rozdz. III OPZ - parametry techniczne terminala mobilnego - moduły komunikacji bezprzewodowej poprzez usunięcie wymogu maksymalnego czasu odczytu;

f. modyfikację rozdz. III OPZ - parametry techniczne terminala mobilnego - moduły peryferyjne poprzez usunięcie wymogu maksymalnego czasu odczytu.

Odwołujący w zakresie zarzutu 1 wskazał, że wyznaczony przez Zamawiającego 14-dniowy termin na dokonanie uzgodnień projektu toreb objętych przedmiotem zamówienia, nie uwzględnia czasu na realizację poszczególnych etapów tych uzgodnień, tj. sporządzenia projektu, dobrania materiału, wprowadzania zmian do projektu, wykonania prototypu (w tym przygotowanie wykroju, szycia, haftowania, kontroli jakości, transportu) zgodnie z zaleceniami Zamawiającego, spotkania Komitetu sterującego. Odwołujący mając wieloletnie doświadczenie w realizowaniu tego rodzaju zamówień, posiada wiedzę co do minimalnego

czasu potrzebnego na realizację poszczególnych etapów uzgodnienia projektu toreb objętych przedmiotowym zamówieniem oraz współpracy z Zamawiającym. Odwołujący w postępowaniu o podobnym przedmiocie zamówienia dotyczącym dostawy 2000 szt. toreb, dokonywał uzgodnień z Zamawiającym w zakresie projektu przez około 8 tygodni.

W odniesieniu do zarzutu 2 wykonawca podniósł, że Zamawiający dokonując określenia terminu końcowego realizacji przedmiotu umowy nie wziął pod uwagę okoliczności faktycznych mających wpływ na czas niezbędny na realizację jej poszczególnych etapów. Wskazał, że przedmiot umowy obejmuje nie tylko dostawę urządzeń, ale także m.in. uzgodnienie projektu toreb objętych przedmiotem zamówienia, ich wyprodukowanie, dostawę oraz dostawę urządzeń wraz z ich oznakowaniem, dokonanie instalacji, konfiguracji i przeprowadzenie testów oprogramowania na dostarczonych terminalach i drukarkach. Ponadto podniósł, że Odwołujący kierując się wieloletnim doświadczeniem oszacował czas niezbędny na zamówienie i wyprodukowanie dedykowanych toreb objętych przedmiotem zamówienia na około 8 tygodni (2 miesiące). Mając na uwadze czas niezbędny na realizację poszczególnych etapów zamówienia, wskazał, że termin wykonania zamówienia podstawowego, określony w § 2 ust. 1 Wzoru Umowy (oraz rozdz. VI ust. 1SIWZ) jest terminem nierealnym.

W przedmiocie zarzutu 3 Odwołujący argumentował, iż Zamawiający określił także zbyt krótki termin na montaż i wstępną konfigurację we wszystkich terminalach kart SIM dostarczonych przez Zamawiającego, a także na dokonanie poprawnej instalacji we wszystkich terminalach Systemu EMM i aplikacji dostarczonych przez Zamawiającego. Wskazał, iż kompletacja urządzeń jest bardzo skomplikowanym procesem obejmującym: procesy pakietyzacji urządzeń w zestawy dla użytkowników końcowych zawierające w swoim zakresie, inwentaryzację zestawu poprzez weryfikację numerów seryjnych każdego urządzenia, kompletację dedykowanych akcesoriów do urządzeń, konfigurację oprogramowania wymaganego w ramach przedmiotu Umowy, weryfikacja prawidłowego funkcjonowania urządzenia i oprogramowania, instalacja kart SIM oraz kart pamięci SD, naniesienia logotypów Zamawiającego na powierzchni każdego urządzenia.

W zakresie zarzutu 4 Odwołujący podał, że Zamawiający określił zbyt krótki termin na realizację instalacji i konfiguracji Systemu EMM oraz nie wskazał w jakim terminie od podpisania umowy udostępni wykonawcom swoją infrastrukturę serwerową w celu wykonania tych czynności. Termin na 7 dni przed terminem określonym w § 2 ust. 1 Wzoru umowy jest terminem niemożliwym do wykonania instalacji i konfiguracji zwłaszcza, iż wykonawca nie ma informacji w jakim terminie zostanie mu udostępniona infrastruktura serwisowa. W związku z powyższym nie jest w stanie oszacować czasu na realizację poszczególnych etapów zamówienia.

Przechodząc do zarzutu 5 Odwołujący wskazał, że należy zaznaczyć, iż Zamawiający

dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, który jednocześnie wprowadza w błąd wykonawców co do liczby licencji objętych przedmiotem umowy w zakresie zamówienia podstawowego oraz prawa opcji. Zamawiający w pkt II.2.11 ppkt 12 Ogłoszenia o zamówieniu, w rozdz. V ust. 5 pkt 12 SIWZ oraz § 1 ust. 4 pkt 4.3.2. Wzoru Umowy zastrzega, iż prawo opcji będzie polegało na udzieleniu 1500 licencji niewygasających dla Systemu EMM, co stoi w sprzeczności z treścią rozdz. I ust. 1 pkt 1.2.2.11 i rozdz. IV ust. 5 pkt 5.2.10 Opisu przedmiotu zamówienia oraz § 10 ust. 1 i § 14 ust. 2 i ust. 3 pkt 3.2 Wzoru Umowy, gdzie liczba ta została określona na 250 licencji oraz odpowiednio na 1250 licencji. Takie działanie Zamawiającego uniemożliwia wykonawcom dokonanie prawidłowej kalkulacji oferty oraz możliwość złożenia oferty niepodlegającej odrzuceniu. Wykonawca uzasadniał, że Zamawiający powinien zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp dokonać opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny oraz wyczerpujący nie tylko w zakresie zamówienia podstawowego, ale także przewidywanego prawa opcji. Zamawiający przewidując prawo opcji, jest więc zobowiązany do określenia maksymalnego poziomu zamówienia wskazując, iż pewien zakres tego zamówienia, z góry przewidziany i określony, będzie przez niego realizowany jedynie w określonych sytuacjach. A zatem instytucja prawa opcji zakłada, że zamawiający każdorazowo określa minimalny poziom zamówienia, który zostanie na pewno zrealizowany, co pozwala wykonawcom na rzetelne i właściwe dokonanie wyceny oferty, wskazując jednocześnie dodatkowy zakres, którego realizacja jest uzależniona od wskazanych w kontrakcie okoliczności i stanowi uprawnienie zamawiającego, z którego może, ale nie musi on skorzystać. Mając na względzie powyższe, wskazał, że przedmiot zamówienia odzwierciedlający zakres zamówienia udzielanego z wykorzystaniem instytucji prawa opcji oraz jego wartość powinny być określone przez zamawiającego w sposób jednoznaczny już na etapie przygotowania postępowania. Oczywistym jest, że realizacja zamówienia objęta przedmiotem opcji może, ale nie musi nastąpić, w zależności od zapotrzebowania zamawiającego i na skutek jego dyspozycji w tym zakresie, przy czym zarówno zakres zamówienia objęty prawem opcji, jak i okoliczności, w jakich dojść może do skorzystania z tego prawa, powinny być opisane stosownie do treści art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. W konsekwencji ogłoszenie o zamówieniu, specyfikacja istotnych warunków zamówienia, wzór umowy powinny zawierać precyzyjne i jednoznaczne uregulowania dotyczące tej części zamówienia, która będzie realizowana na pewno oraz równie precyzyjne określenie tej części zamówienia, której realizacja będzie poddana uznaniu Zamawiającego (prawo opcji). W przypadku, gdy występują sprzeczności w dokumentacji postępowania dotyczącej istotnych elementów jakie wykonawca powinien uwzględnić i wycenić przygotowując ofertę, niejako na wykonawcę zostaje przerzucone całe ryzyko gospodarcze w zakresie realizacji umowy, co z kolei stoi w sprzeczności z zasada równości stron umowy. Konkretnie wyznaczenie zakresu prawa opcji pozwala na określenie

poziomu zamówienia, który zostanie przez zamawiającego zrealizowany, co jednocześnie umożliwi wykonawcom na prawidłowe dokonanie wyceny oferty (por. wyrok KIO z dnia 23 lipca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1447/10, wyrok KIO z dnia, sygn. akt KIO/UZP 2376/10).

W przedmiocie zarzutu 6 Odwołujący argumentował, iż Zamawiający naruszył przepisy wyznaczając nierealny termin na dostawę urządzeń, akcesoriów lub licencji objętych prawem opcji, który nie może być dłuższy niż 30 dni od dnia otrzymania zlecenia od Zamawiającego. Należy zwrócić uwagę, iż Zamawiający zastrzegł w niniejszym postępowaniu, że nie ma w ogóle obowiązku skorzystania z prawa opcji. Jednocześnie wyznaczył czas na realizację zlecenia w ramach prawa opcji, który wymusza na wykonawcach ciągle utrzymywanie stanów magazynowych przez okres 48 miesięcy od dnia podpisania umowy. Nie jest bowiem możliwe wykonanie zlecenia, tj. wyprodukowanie nowych akcesoriów, dostawa, kompletacja nowych urządzeń i ich odpowiednia konfiguracja w terminie maksymalnie 30 dni od dnia otrzymania zlecenia od Zamawiającego. Takie działanie generuje po stronie wykonawców dodatkowe koszty oraz ryzyko finansowe w postaci zapłaty kar umownych za niedotrzymanie wyżej wskazanego terminu. W związku z powyższym w celu umożliwienia wykonawcom realizacji zlecenia w ramach prawa opcji termin ten powinien zostać określony na minimum 60 dni od dnia otrzymania zlecenia od Zamawiającego. Zmiana terminu spowoduje także zmniejszenie kosztów realizacji całego zamówienia, bowiem wykonawcy będą w stanie wyprodukować i dostarczyć urządzenia oraz dokonać ich konfiguracji na bieżąco nie musząc przy tym utrzymywać przez cały czas stanów magazynowych.

W zakresie zarzutu 7 Odwołujący wskazał, iż Zamawiający zastrzega naliczenie kar umownych za niedotrzymanie deklarowanego czasu ciągłej pracy terminala mobilnego, maksymalnego czasu odczytu kodu 1D i/lub 2D oraz maksymalnego czasu odczytu nośnika RFID. Na wpływ długości czasu pracy terminala mają przede wszystkim jakość aplikacji Zamawiającego, (tj. czy aplikacja została wytworzona zgodnie z dobrymi praktykami, czy prawidłowo zarządza energią, jakich modułów używa, jak często komunikuje się z serwerem, itp.) Również czynniki środowiskowe dotyczące użytkowania i przechowywania akumulatorów mają znaczący wpływ na ich żywotność, a tym samym czas pracy terminala mobilnego. Natomiast prędkość odczytów kodów 1D/2D za pomocą wbudowanego, sprzętowego, dedykowanego modułu służącego do tego celu wynosi minimum kilkanaście odczytów na sekundę. Czas reakcji aplikacji zależy jest od sposobu interpretacji danych zawartych w kodzie, sprawdzenia autentyczności (w przypadku kodów zawierających podpis elektroniczny) oraz dodatkowych czynności, które może wykonywać aplikacja. Jeżeli chodzi o wpływ na czas odczytu kart RFID to znaczenie ma uwierzytelnianie i technologie zabezpieczeń użyte w kartach. Dodatkowym czynnikiem jest również liczba operacji (komunikacji między kartą SAM i modułem RFID), potrzebnych do przeprowadzenia operacji biznesowych. Zamawiający

nakłada zatem na wykonawcę odpowiedzialność za okoliczności, na które wykonawca nie ma wpływu, co jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego. Rozszerzenie odpowiedzialności w sposób wskazany przez Zamawiającego nie ma żadnego praktycznego uzasadnienia i usunięcie takich postanowień nie naruszy interesu Zamawiającego. Wykonawca chcąc uzyskać zamówienie musi wyrazić zgodę na taką odpowiedzialność pomimo tego, że nie jest to uzasadnione przedmiotem zamówienia. Na potwierdzenie prezentowanego stanowiska Odwołujący przywołał fragment wyroku Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 18 czerwca 2013 r., sygn. akt: V ACa 266/13.

W przedmiocie zarzutu 8 Odwołujący wskazał, że Zamawiający w przypadku zwłoki w realizacji zlecenia dokonanego w ramach prawa opcji nakłada na wykonawcę karę umowną, w znacznie wygórowanej wysokości, tj. 5% wartości zlecenia brutto, lecz nie mniejszej niż 300 zł brutto, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki. W tym zakresie wskazać należy, że kara umowna za zwłokę w zakresie realizacji zamówienia podstawowego wynosi 0,05 % wynagrodzenia brutto. Natomiast nawiązując do wyżej wymienionego zarzutu, określającego bardzo krótki, a wręcz nierealny termin na wykonanie zlecenia w ramach skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji, trzeba zauważyć, że ten zapis umowy należy uznać za niezgodny z zasadami współżycia społecznego, bowiem wykonawca z całą pewnością będzie zmuszony do uiszczenia wygórowanych kar umownych nie mając możliwości realizacji zlecenia w zastrzeżonym terminie.

Kolejno w zakresie zarzutu 9 Odwołujący uzasadniał, iż Zamawiający w niniejszym postępowaniu przyznał sobie prawo do odstąpienia od umowy z przyczyn, które są niezależne od wykonawcy lub uzależnione od działań, samego Zamawiającego, co jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego. Zgodnie z § 12 ust. 1 pkt 1.3, pkt 1.4. oraz 1.5. Wzoru Umowy Zamawiający ma prawo do odstąpienia od umowy odpowiednio w przypadku powtarzającej się wady urządzeń dotyczącej co najmniej 10 % urządzeń będących przedmiotem zamówienia podstawowego lub gdy co najmniej 10% urządzeń jednocześnie znajduje się w naprawie lub wymianie, a także w przypadku niedotrzymania deklarowanego w ofercie maksymalnego czasu ciągłej pracy bez wymiany/ladowania akumulatora dla terminala mobilnego wraz z drukarką mobilną w ciągu pierwszych 3 miesięcy eksploatacji urządzeń w co najmniej 50 urządzeniach zbadanych przez Zamawiającego. Po pierwsze należy zaznaczyć, iż wykonawca po przekazaniu urządzeń Zamawiającemu nie ma w ogóle możliwości weryfikacji prawidłowości eksploatacji, używania oraz warunków przechowywania urządzeń ani akcesoriów objętych przedmiotem zamówienia i może w tym zakresie bazować jedynie na oświadczeniu Zamawiającego. Następnie należy wskazać, że prawidłowe działanie urządzeń jest głównie uzależnione od prawidłowej eksploatacji użytkownika urządzeń oraz także od funkcjonowania aplikacji pochodzącej od Zamawiającego. Takie ukształtowanie treści umowy przez Zamawiającego nie ma także

żadnego praktycznego uzasadnienia, a dodatkowo rozszerza odpowiedzialność wykonawcy, za nienależyte wykonanie umowy w sytuacjach, na które wykonawca nie ma wpływu. Nie można zatem uznać, że wyżej wskazane zapisy są zgodne z przepisami w sytuacji, gdy przenoszą odpowiedzialność na wykonawcę w przypadkach gdy wpływ na działanie urządzeń ma także prawidłowość i sprawność funkcjonowania aplikacji Zamawiającego. Wykonawca chcąc uzyskać zamówienie jest zmuszony wyrazić zgodę na taką odpowiedzialność, co należy uznać także za niezgodne z zasadami współżycia społecznego.

Odnosnie zarzutu 10 Odwołujący uzasadniał, że Zamawiający wymaga, aby ładowarki sieciowe lub stacje dokujące do ładowania akumulatora zainstalowanego w drukarce mobilnej posiadały możliwość jednoczesnego ładowania zapasowego akumulatora. Postawione wymaganie ogranicza konkurencję poprzez uniemożliwienie zaoferowania urządzeń wraz z ładowarkami lub stacjami dokującym, które posiadają możliwość ładowania drukarki mobilnej (i znajdującego się w niej akumulatora) bez możliwości jednoczesnego ładowania akumulatora zapasowego. Postanowienie uniemożliwia złożenie oferty, ponieważ na rynku nie istnieją ładowarki sieciowe ani stacje dokujące posiadające możliwość jednoczesnego ładowania akumulatora zapasowego, które byłyby kompatybilne z urządzeniami spełniającymi pozostałe wymagania SIWZ. Ponadto postawione wymaganie jest nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Dodatkowe ułatwienie w postaci jednoczesnego ładowania zapasowego akumulatora wraz z ładowaniem wbudowanego akumulatora nie ma praktycznego zastosowania, ponieważ użytkownicy nie będą nigdy jednocześnie korzystać i z akumulatora wbudowanego i z zapasowego. Na potwierdzenie prezentowanego stanowiska Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 30 stycznia 2017 r sygn. akt: KIO 68/17.

W przedmiocie zarzutu 11 Odwołujący wskazał, że dokumentacja postępowania nie zawiera definicji *błędów funkcjonalnych*, a jednocześnie zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia wykonawca zobowiązany jest do usuwania takich błędów w działaniu Urządzeń oraz Systemu EMM. Powyższe powoduje, że przedmiot zamówienia jest niedookreślony, co przekłada się na brak możliwości rzetelnej kalkulacji oceny ofert. Podkreślał, że opis przedmiotu zawiera „Słownik” oraz definicję błędów, lecz żadna z tych definicji nie określa czym są *błędy funkcjonalne*.

W zakresie zarzutu 12 Odwołujący wskazał, iż Zamawiający z jednej strony oczekuje rozwiązania o wysokiej jakości, na co wskazują parametry urządzeń, a z drugiej dopuszcza rozwiązania nowe i nieprzetestowane. Zamawiający wskazał, że nie dopuszcza rozwiązań prototypowych, ale w umożliwił zaoferowanie *nowszych* wersji poprzednio użytkowanych modeli Urządzeń pozostawiając tym samym swobodę w interpretacji pojęcia „nowszej wersji”. Pozostawienie tak niedookreślonego pojęcia spowoduje, że faktycznie wykonawcy będą mogli

zaoferować nowe, prototypowe rozwiązania twierdząc, że są to nowsze wersje poprzednio użytkowanych modeli. Nowszą wersją może być zupełnie nowe urządzenie. Zamawiający w celu otrzymania sprawdzonego produktu powinien wyłączyć możliwość zaoferowania *nowszych wersji* poprzednio użytkowanych modeli, lub ewentualnie dookreślić co rozumie przez nowszą wersję urządzenia. Poprzez brak określenia konkretnego terminu od którego liczona jest dostępność urządzeń na rynku, Zamawiający dopuszcza możliwość dostarczenia urządzenia nieposiadającego żadnej historii sprzedażowej, a jedynie znajdującego się w portfolio producenta, co jednoznacznie wskazuje, na brak przetestowania urządzenia w środowisku produkcyjnym. Brak ustalenia konkretnego terminu pozwala na nadużycia w zakresie urządzeń, które obecnie nie osiągnęły jeszcze wymaganej dostępności na rynku przez Zamawiającego tj. minimum 6 miesięcy.

Odnośnie zarzutu 13 Odwołujący podał, że naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp dopuszcza się Zamawiający nieprecyzyjnie opisując w § 1 ust. 5 pkt 5.1 Umowy sposób w jakim przeprowadzona zostanie przez wykonawcę instalacja, konfiguracja i testy terminali mobilnych i drukarek - które to zamawiający przewiduje wykonać „w sposób ustalony w ramach prac Komitetu Sterującego” czyli według własnych nieokreślonych kryteriów, niewynikających z Umowy czy SIWZ. Odwołujący zwrócił uwagę, iż brak jest uzasadnienia dla nakładania na wykonawcę obowiązku instalacji na urządzeniach oprogramowania dostarczonego przez Zamawiającego. W chwili obecnej Zamawiający nie posiada zarówno gotowej aplikacji jak i docelowego urządzenia. Wobec tego istnieje duże prawdopodobieństwo, że tworzona przez Zamawiającego aplikacja posiadać będzie wiele błędów z zakresu obsługi poszczególnych komponentów zestawu, tym samym Zamawiający obarczając wykonawcę obowiązkiem integracji oprogramowania przerzuci na niego odpowiedzialność za poprawność jego działania. Nadto, Zamawiający zarówno w Umowie jak i SIWZ milczy na temat procedury wgrywania i konfiguracji aplikacji na urządzeniach, uniemożliwiając prawidłowe oszacowanie czasu i zasobów niezbędnych do realizacji tej części zamówienia. Wobec powyższego, zasadnym jest przeniesienie z wykonawcy na Zamawiającego zakresu zamówienia związanego z instalacją oprogramowania.

W zakresie zarzutu 14 Odwołujący wskazał, że zgodnie z obecnie obowiązującym brzmieniem § 4 ust. 4 Umowy, Zamawiający uprawniony jest do żądania wymiany wszystkich dotychczas dostarczonych urządzeń w sytuacji, w której po przeprowadzeniu testów losowo wybranych terminali 2 egzemplarze danego rodzaju urządzenia nie spełnią wymogów wynikających z Umowy. W ocenie Odwołującego, w postępowaniu, którego przedmiotem jest dostawa 1250 terminali, tak ukształtowany stosunek umowny prowadzi do powstania niemożliwego do oszacowania ryzyka po stronie wykonawcy. Nadto Odwołujący wskazał, iż odpowiedzialność wykonawcy wynikająca z § 4 ust. 4 Umowy prowadzi do powstania olbrzymiej dysproporcji pomiędzy stronami umowy, czyniąc to postanowienie Umowy

sprzeczne jest z zasadami współżycia społecznego. Trudno uznać za zasadną hipotetyczną wymianę wszystkich (dotychczas) dostarczonych urządzeń - bez względu na to czy są one zgodne z Umową - w sytuacji, w której dwa urządzenia okażą się nie odpowiadać wymogom Zamawiającego. Zasadne natomiast pozostaje żądanie Odwołującego i zastąpienie omawianego postanowienia uprawnieniem Zamawiającego do żądania wymiany wyłącznie urządzeń niespełniających wymogów wynikających z Umowy.

Odnosząc się do zarzutu 15 Odwołujący podniósł, że Zamawiający jako jeden z kryteriów oceny ofert w SIWZ wskazuje na *Czas pracy terminala* punktując „długość pracy terminala wraz z podłączoną drukarką przy jego maksymalnym obciążeniu na w pełni naładowanym akumulatorze”. Tak opisany „parametr” nie pozwala jednak na miarodajne porównanie zaoferowanych przez wykonawców urządzeń i długości pracy na akumulatorze. Wydajność akumulatora uwarunkowana jest wieloma czynnikami i zmiennymi tj. obciążenie procesora, temperatury, procesów wykonywanych w tle itd. W związku z powyższym, brak w SIWZ jednoznacznych kryteriów i opisu procedury testów akumulatora (przekładającej się na późniejszą punktację) czynni niemożliwym rzetelne i miarodajne porównanie zaoferowanych urządzeń i czasu pracy ich akumulatorów.

W przedmiocie zarzutu 16 odwołujący się wykonawca podał, że Zamawiający wymaga sprawdzenia wydajności procesora poprzez badanie punktów benchmark za pomocą aplikacji AnTuTu dla otrzymanej próbki, jednakże nie określił w żadnym dokumencie postępowania, jakie są optymalne wymagania dla pracy aplikacji dostarczonej przez Zamawiającego. Zastosowanie powyższe kryterium jakościowego w postaci punktacji benchmarku, wpływa na ograniczenie konkurencji i dopuszczenie oraz punktowanie urządzenia prototypowego posiadającego procesor zastosowany w urządzeniach konsumenckich a nie przemysłowych.

W końcu w zakresie zarzutu 17 Odwołujący wskazał, że Zamawiający wymaga potwierdzenia parametrów technicznych terminali mobilnych w zakresie, który nie jest zależny od parametrów technicznych oferowanego urządzenia a aplikacji Zamawiającego, nad którą potencjalny wykonawca nie ma żadnej kontroli. Prędkość odczytów kodów 1D/2D za pomocą wbudowanego, sprzętowego, dedykowanego modułu służącego do tego celu wynosi minimum kilkanaście odczytów na sekundę. Czas reakcji aplikacji zależny jest od sposobu interpretacji danych zawartych w kodzie, sprawdzenia autentyczności (w przypadku kodów zawierających podpis elektroniczny) oraz dodatkowych czynności, które może wykonywać aplikacja. Jeżeli chodzi o wpływ na czas odczytu kart RFID to znaczenie ma uwierzytelnianie i technologie zabezpieczeń użyte w kartach. Dodatkowym czynnikiem jest również liczba operacji (komunikacji między kartą SAM i modułem RFID), potrzebnych do przeprowadzenia operacji biznesowych. Zamawiający nakłada zatem na wykonawcę odpowiedzialność za okoliczności, na które wykonawca nie ma wpływu, co jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego. Rozszerzenie odpowiedzialności w sposób wskazany

przez Zamawiającego nie ma żadnego praktycznego uzasadnienia i usunięcie takich postanowień nie naruszy interesu Zamawiającego. Wykonawca chcąc uzyskać zamówienie musi wyrazić zgodę na taką odpowiedzialność pomimo tego, że nie jest to uzasadnione przedmiotem zamówienia.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 7 stycznia 2019 r. oświadczył, iż uwzględni odwołanie w zakresie zarzutu 1, 2, 3, 4, 6, 8, 10, 11 i 13.

Kolejnym pismem z dnia 7 stycznia 2019 r. Zamawiający oświadczył, iż uwzględni odwołanie w zakresie zarzutu 12 w części oraz w całości w zakresie zarzutu 15. Jednocześnie ww. pismem Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w zakresie zarzutu 5, 7, 9, 14, 16 oraz 17.

Zamawiający przedstawił stanowisko w zakresie oddalenia zarzutu 5, który to zarzut został przez Odwołującego cofnięty.

W zakresie zarzutu 7 Zamawiający przywołał brzmienie § 9 ust. 1 pkt 1.7-1.9 umowy. Zamawiający wskazał, że kary umowne zostały określone na ww. poziomie, gdyż z jednej strony dotyczą niedotrzymania parametrów badanych i punktowanych w kryteriach oceny ofert - czas pracy terminala, a z drugiej - odnośnie czasu odczytu kodów 1D/2D, karty RFID - dotyczą bardzo istotnych dla Zamawiającego parametrów z rozdziału III OPZ:

„Wbudowany w urządzenie i zintegrowany z urządzeniem moduł czytnik NFC i RAD, obsługujący co najmniej nośniki ISO 14443 typ A, B i B', MIFARE (Classic, Plus, Ultralight, DESFire). Maksymalny czas odczytu jednego nośnika (w tym wymagającego użycia modułu SAM) 2 sekundy” oraz „Wbudowany w urządzenie i zintegrowany z urządzeniem skaner kodów 1D i 2D, umożliwiający odczyt kodów w standardach: AZTEC, QRCODE, EAN i MRZ. Skaner musi umożliwiać pracę w każdych warunkach oświetlenia i być bezpieczny dla oczu. Zamawiający nie dopuszcza zaoferowania funkcji skanera kodów przy użyciu kamery. Maksymalny czas odczytu jednego kodu – 2 sekundy”.

Zamawiający wyjaśnił, iż kody 1D to kody kreskowe, a kod 2D to kod w formie dwuwymiarowych obrazków złożonych z czarno-białych kwadratów. Kody te będą sczytywane przez skaner terminala mobilnego. Zamawiane w niniejszym postępowaniu terminale mobilne będą służyły konduktorom PKP Intercity S.A. m.in. do sprawdzania biletów opatrzonych kodem np. kupionych przez Internet i wydrukowanych lub zapisanych na nośniku typu telefon komórkowy. Oczekiwaniem Zamawiającego jest uzyskanie urządzeń umożliwiających sprawną kontrolę biletów, w sposób nieuciążliwy przede wszystkim dla pasażerów korzystających z usług Zamawiającego, stąd wymaganie odczytywania kodów 1D/2D w czasie nie dłuższym niż 2 sekundy.

Nadto Zamawiający wyjaśnił, iż możliwość odczytywania nośników RFID (niekwestionowana przez Odwołującego) ma umożliwić drużynom konduktorskim PKP

Intercity odczytywanie kart, na których zapisano np. uprawnienia do przejazdów. Nośnikiem RFID jest np. karta miejska upoważniająca do przejazdów komunikacją miejską. Jest oczywiste i uzasadnione, aby sprawdzanie uprawnień na takiej karcie odbywało się w czasie umożliwiającym sprawne prowadzenie kontroli pasażerów.

Zamawiający argumentował, iż zarówno wymóg minimalny dotyczący czasu pracy terminala tj. 8h, jak i maksymalny czas odczytu kodów i nośnika RFID, są ustanowione na bardzo niskim poziomie. Na etapie oceny ofert Zamawiający nie będzie badał czasu pracy terminala, lecz będzie bazował tylko na deklaracji wykonawcy złożonej w ofercie, stąd wykonawcy muszą liczyć się z tym, że nierzetelne zadeklarowanie czasu pracy terminala, w celu uzyskania maksymalnej punktacji w tym kryterium, spotka się z sankcją w postaci kary umownej. Kryterium czas pracy terminala ma wagę 15%, a zatem kara za niedotrzymanie tego kryterium musi być odpowiednim poziomem. Należy przy tym zauważyć, że Odwołujący nie stawia zarzutu odnośnie samej wysokości kary, lecz samego faktu jej przewidzenia.

Następnie Zamawiający przywołał brzmienie § 4 ust. 4 umowy i wskazał, że jeśli dochowanie któregoś z trzech parametrów, których dotyczą kary z § 9 ust. 1 pkt 1.7-1.9 umowy, okaże się wątpliwe w użytkowaniu, Zamawiający planuje przesłać urządzenie/a do akredytowanego laboratorium. W uzasadnieniu zarzutu Odwołujący podał, że na długość czasu pracy terminala ma wpływ przede wszystkim jakość aplikacji Zamawiającego, na prędkość odczytu kodów czas reakcji aplikacji, a na czas odczytu kodów RFID uwierzytelnianie i technologie użyte w kartach oraz liczba operacji.

W zamyśle Zamawiającego akredytowane laboratorium będzie badało parametry z pominięciem aplikacji Zamawiającego i niezależnie od technologii używanych w poszczególnych nośnikach RFID. Laboratorium będzie badało parametry i możliwości urządzenia. Sam Odwołujący stwierdził w uzasadnieniu odwołania, że „prędkość odczytów kodów 1D/2D za pomocą wbudowanego, sprzętowego, dedykowanego modułu służącego do tego celu wynosi minimum kilkanaście odczytów na sekundę”, czym potwierdził, że wymóg Zamawiającego odnośnie parametrów urządzeń, które zamawia, jest dużo poniżej możliwości rynkowych.

W przedmiocie zarzutu 9 Zamawiający przywołał brzmienie §12 ust. 1 pkt 1.3 - 1.5 umowy. Nadto Zamawiający wskazał, iż argumentacja Odwołującego w uzasadnieniu zarzutu skupia się na tym, że „prawidłowe działanie urządzeń jest głównie uzależnione od prawidłowej eksploatacji i użytkowania urządzeń oraz także od funkcjonowania aplikacji pochodzącej od Zamawiającego”. Zamawiający przewidział jednak prawo odstąpienia w przypadku wad urządzeń. Wady zdefiniowane są w kodeksie cywilnym w przepisach dotyczących rękojmi przy sprzedaży. Dalej Zamawiający przywołał brzmienie art. 556¹ § 1 k.c., który definiuje pojęcie wady fizycznej. Uzasadniał, iż wady są okolicznościami związanymi z cechami czy brakami rzeczy. Zamawiający ma prawo oczekiwać rzeczy dobrej jakości, a w

przypadku wad powtarzających się, systemowych, odstąpić od umowy. Prawo do odstąpienia z powodu wad rzeczy przewidziano wśród uprawnień kupującego z rękojmi. Ponieważ mamy do czynienia z obrotem profesjonalnym (zarówno wykonawca, jak i zamawiający są przedsiębiorcami) uprawnienie to zostaje skonkretyzowane w kwestionowanym postanowieniu umownym. Zdaniem Zamawiającego postanowienie to nie narusza przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, ani kodeksu cywilnego.

W przedmiocie zarzutu 14 Zamawiający argumentował, że doświadczenie Zamawiającego wskazuje, iż wykonawcy w celu uzyskania zamówienia wielokrotnie deklarują wyższe parametry urządzenia niż faktycznie posiadane przez urządzenie, co wpływa także na zgodność urządzenia z OPZ. Powyższe postanowienie projektu umowy (§ 4 ust. 4) ma charakter prewencyjny oraz ma zabezpieczyć Zamawiającego na wypadek dostarczenia urządzeń o specyfikacji odbiegającej niż określona w SIWZ. Informacje uzyskane przez Zamawiającego zarówno w trakcie przeprowadzania poprzednich postępowań, jak i dialogu technicznego poprzedzającego niniejsze postępowanie wskazują, iż parametry terminali wskazane w postanowieniu § 4 ust. 4 projektu umowy znacznie wpływają na cenę urządzenia. Postanowienie zabezpiecza więc Zamawiającego przed sytuacją, w której zapłaci wyższą cenę za urządzenia nieposiadające parametrów zadeklarowanych przez wykonawcę. Zamawiający podkreślał, iż odebrane w wyniku realizacji umowy urządzenia zostaną od razu przekazane do eksploatacji przez pracowników - drużyn konduktorskich w pociągach, równocześnie z obiegu zostaną wycofane poprzednie urządzenia. W przypadku jakichkolwiek problemów z ich działaniem zbadanie zgodności parametrów urządzeń faktycznie dostarczonych na podstawie umowy będzie bardzo problematyczne pod względem logistycznym, dlatego też niezgodność co najmniej 2 terminali z parametrami wskazanymi w ofercie wykonawcy będzie skutkowałą koniecznością wymiany pozostałych. Zamawiający podkreślał, iż powyższe uprawnienie Zamawiającego aktualizuje się wyłącznie, gdy po zbadaniu losowo wybranych urządzeń w co najmniej 2 zostanie stwierdzona niezgodność ich parametrów z zadeklarowanymi. W przypadku wykonawcy zamierzającego rzetelnie wykonać dostawę stanowiącą przedmiot zamówienia powyższe postanowienie nie powinno budzić wątpliwości, tym bardziej, że gdyby parametry te badano w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia, niezgodność już jednego dostarczonego urządzenia (próbki) powodowałaby odrzucenie całej oferty. Zamawiający wyjaśniał, iż w przypadku stwierdzenia, że zadeklarowane przez wykonawcę parametry techniczne urządzenia odbiegają od rzeczywistych, Zamawiający przekaże urządzenia do badania w autoryzowanym centrum certyfikacyjnym na koszt wykonawcy. Wynik badania będzie podstawą do naliczenia kar umownych.

W zakresie zarzutu 16 Zamawiający wskazał, iż z punktu widzenia pracy drużyn konduktorskich wprowadzenie kryterium wydajności terminala ma istotne znaczenie.

Parametr ten wpływa na szybkość działania aplikacji zainstalowanej na urządzeniu służącej konduktorom m.in. do sprawdzenia, wystawiania biletów. W przyszłości Zamawiający zamierza wprowadzić m. in. odczyt i zapis kart RFID (sprzedaż biletów na kartach RFID), graficzne wyświetlanie zestawienia pociągów i rezerwacji miejsc. Jednocześnie Zamawiający planuje rozbudowę aplikacji sprzedażowej. Każda ze wspomnianych wyżej funkcjonalności (w tym dodatkowe funkcjonalności wprowadzone w aplikacji sprzedażowej) dodatkowo obciąża wydajność urządzenia. Nadto Zamawiający wskazał, iż Zamawiający dokona zakupu urządzeń na okres 4 lat, w toku których technologia na pewno ulegnie rozwojowi. Z powyższych względów uzasadnionym jest pozyskanie urządzeń na chwilę obecną najbardziej wydajnych po to, by wyeliminować konieczność dokonania kolejnych zakupów terminali w najbliższym czasie.

Odnosząc się do zarzutu 17 Zamawiający uzasadniał, że zwiększenie prędkości pociągów, a tym samym skrócenie czasu podróży, częstotliwość postojów pociągów wynikających z rozkładów jazdy, a tym samym krótkie przejazdy pomiędzy poszczególnymi stacjami postojowymi, a dodatkowo sukcesywny wzrost liczby pasażerów, powodują krótki czas na dokonanie kontroli biletów. Powyższe wymaga urządzeń zapewniających krótkie czasy kontroli - skanowania oraz odprawy podróżnych. Długie czasy skanowania nie wystarczą na kontrolę wszystkich pasażerów do czasu zakończenia podróży. To z kolei rodzi ryzyko utraty przychodów spółki oraz ryzyko związanej z tym utraty wizerunku spółki.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 21 grudnia 2018 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu. Do postępowania odwoławczego nie przystąpił w terminie, o którym mowa w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, żaden wykonawca.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego i potwierdzoną za zgodność z oryginałem, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu oraz specyfikację istotnych warunków zamówienia. Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i

oświadczenia Stron złożone w pismach procesowych oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 8 stycznia 2019 r.

Izba ustaliła, co następuje:

W świetle rozdziału V SIWZ, przedmiotem zamówienia jest dostawa: 1) 1 250 szt. terminali mobilnych do sprzedaży i kontroli biletów wyposażonych w akumulator dedykowany przez producenta terminali, 2) 1 250 szt. нефiskalnych drukarek mobilnych do terminali mobilnych wyposażonych w akumulator dedykowany przez producenta drukarek, 3) 1 250 szt. akumulatorów do terminali mobilnych, identycznych jak dostarczone z urządzeniem zasadniczym, 4) 1 250 szt. akumulatorów do drukarek mobilnych, identycznych jak dostarczone z urządzeniem zasadniczym, 5) 1 250 szt. ładowarek sieciowych lub stacji dokujących do ładowania akumulatora zainstalowanego w terminalu mobilnym i jednoczesnego ładowania zapasowego akumulatora, w komplecie wraz z zasilaczami sieciowymi, 6) 1 250 szt. ładowarek sieciowych lub stacji dokujących do ładowania akumulatora zainstalowanego w drukarce mobilnej i jednoczesnego ładowania zapasowego akumulatora, w komplecie wraz z zasilaczami sieciowymi, 7) 1 250 szt. kart pamięci flash o pojemności i parametrach wskazanych w OPZ, 8) 1 250 szt. rysików dedykowanych przez producenta terminali do dostarczonych przez Wykonawcę terminali mobilnych, 9) 26 szt. przewodów/kabli komunikacyjnych lub innego elementu np. typu „snap-on”, o parametrach wskazanych w OPZ, 10) 1 250 szt. paseków/smyczy przeznaczonych do noszenia terminala na rękę, 11) 2 000 szt. toreb zgodnych z wymaganiami wskazanymi w OPZ wraz z objęciem przedmiotu zamówienia asystą techniczną i usługami serwisowymi.

W rozdziale III opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający postawił wymóg: „wbudowany w urządzenie i zintegrowany z urządzeniem moduł czytnik NFC i RAD, obsługujący co najmniej nośniki ISO 14443 typ A, B i B', MIFARE (Classic, Plus, Ultralight, DESFire). Maksymalny czas odczytu jednego nośnika (w tym wymagającego użycia modułu SAM) 2 sekundy” oraz „wbudowany w urządzenie i zintegrowany z urządzeniem skaner kodów 1D i 2D, umożliwiający odczyt kodów w standardach: AZTEC, QR CODE, EAN i MRZ Skaner musi umożliwiać pracę w każdych warunkach oświetlenia i być bezpieczny dla oczu. Zamawiający nie dopuszcza zaoferowania funkcji skanera kodów przy użyciu kamery. Maksymalny czas odczytu jednego kodu – 2 sekundy”.

Zgodnie z rozdziałem XV SIWZ, przy dokonywaniu wyboru najkorzystniejszej oferty Zamawiający kierować się będzie następującymi kryteriami: 1) cena za wykonanie przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem opcji – 55%, 2) czas pracy terminala z podłączoną drukarką przy jego maksymalnym obciążeniu – 15% oraz 3) wydajność terminala – 30%.

W punkcie 3 rozdziału XV SIWZ, Zamawiający wskazał, iż w kryterium czas pracy terminala z podłączoną drukarką przy jego maksymalnym obciążeniu punkty zostaną przyznane za parametry oferowanego rozwiązania na podstawie złożonego wraz z ofertą załącznika nr 7 do SIWZ, za spełnienie każdego parametru na poziomie wyższym niż minimalny określony w wymaganiach Zamawiającego, wykonawca otrzyma odpowiednią liczbę punktów przewidzianą w SIWZ. Zamawiający wskazał, iż nie dopuszcza zaoferowania czasu pracy terminala mobilnego z podłączoną drukarką przy jego maksymalnym obciążeniu na w pełni naładowanym akumulatorze krótszego niż 8 h 00 min.

W punkcie 4 rozdziału XV SIWZ, Zamawiający wskazał, iż w kryterium parametrów wydajnościowych terminala punkty zostaną przyznane na podstawie badania przeprowadzonego na próbce demonstracyjnej: 1) wszystkie terminale mobilne stanowiące próbki demonstracyjne będą badane w takich samych warunkach, 2) badanie wydajności terminala mobilnego będzie polegać na uruchomieniu testu wydajności (obejmującego test CPU, GPU, UX, MEM) w zainstalowanej na terminalu aplikacji AnTuTu Benchmark zgodnie z rozdziałem V ust. 11 SIWZ, 3) przed uruchomieniem badania terminal zostanie zresetowany, 4) test zostanie zrealizowany trzykrotnie, jeden po drugim, 5) wynik badania wydajności terminala mobilnego jest najwyższą wartością z trzech testów wydajności tego terminala, 6) badanie wydajności terminala mobilnego jest jawne, o terminie badania zostaną powiadomieni wykonawcy, którzy złożą ofertę w postępowaniu. Zgodnie natomiast z rozdziałem V ust. 11 SIWZ, terminal mobilny dostarczone w próbce demonstracyjnej zgodnie z wymaganiami wskazanymi w ust. 10 musi być wstępnie skonfigurowany, tzn. mieć: 1) zainstalowaną aplikację AnTuTu Benchmark w wersji 7.1.1, 2) zainstalowaną aplikację AnTuTu 3D Bench w wersji 7.0.6.

Zgodnie z § 4 ust. 4 wzoru umowy, w razie wątpliwości co do zgodności Urządzeń z wymogami niniejszej Umowy Zamawiający może zlecić przebadanie losowo wybranych egzemplarzy Urządzeń w akredytowanym laboratorium, w szczególności pod kątem dopuszczalnej temperatury pracy, odporności na upadek, pyło i bryzgoszczelności, jasności ekranu. Zamawiający może również przeprowadzić ponowny test wydajności terminala obejmującego test CPU, GPU, UX, MEM pod kątem potwierdzenia zgodności z wynikiem testu przeprowadzonego na etapie oceny ofert. Jeżeli co najmniej 2 egzemplarze danego rodzaju Urządzenia nie spełniają wymogów niniejszej Umowy, Zamawiający może żądać wymiany wszystkich dostarczonych do tego czasu Urządzeń.

W myśl § 9 ust. 1 pkt 1.7-1.9, z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania przedmiotu Umowy Wykonawca zobowiązany jest do zapłaty Zamawiającemu następujących kar umownych:

1.7 za niedotrzymanie deklarowanego w ofercie czasu ciągłej pracy terminala mobilnego wraz z podłączoną drukarką mobilną bez wymiany/ladowania akumulatora, w okresie pierwszych trzech miesięcy od daty odbioru częściowego danego Urządzenia, w wysokości:

1.7.1 10% wartości brutto zamówienia, określonego w § 6 ust. 2 Umowy, za pierwszy stwierdzony przypadek,

1.7.2 1% wartości brutto zamówienia, określonego w § 6 ust. 2 Umowy, za każdy kolejny stwierdzony przypadek,

1.8 za niedotrzymanie określonego w Załączniku nr 1 do Umowy maksymalnego czasu odczytu kodu 1D i/lub 2D przez co najmniej 50 sztuk terminali mobilnych, pomimo naprawy/wymiany gwarancyjnej, w wysokości 5% wartości brutto zamówienia, określonego w § 6 ust. 2 Umowy,

1.9 za niedotrzymanie określonego w Załączniku nr 1 do Umowy maksymalnego czasu odczytu nośnika RFID przez co najmniej 50 sztuk terminali mobilnych, pomimo naprawy/wymiany gwarancyjnej, w wysokości 5% wartości brutto zamówienia, określonego w § 6 ust. 2 Umowy.

Zgodnie z § 12 ust. 1 pkt 1.3 – 1.5 Zamawiający ma prawo do odstąpienia od Umowy w przypadku zajścia jednej z następujących okoliczności:

1.3 powtarzającej się wady Urządzeń dotyczącej co najmniej 10% Urządzeń będących przedmiotem zamówienia podstawowego, pomimo ich uprzedniej naprawy/wymiany,

1.4 co najmniej 10% Urządzeń jednocześnie znajduje się w naprawie lub wymianie,

1.5 niedotrzymania deklarowanego w ofercie maksymalnego czasu ciągłej pracy bez wymiany/ladowania akumulatora dla terminala mobilnego wraz z drukarką mobilną w ciągu pierwszych 3 miesięcy eksploatacji Urządzeń w co najmniej 50 Urządzeniach zbadanych przez Zamawiającego.

Izba zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności wskazać należy, iż mając na uwadze uwzględnienie przez Zamawiającego odwołania w zakresie zarzutu 1, 2, 3, 4, 6, 8, 10, 11, 13 i 15 w całości oraz zarzutu 12 w części oraz wobec nieprzystąpienia w terminie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego żadnego wykonawcy Izba uznała, że postępowanie odwoławcze, w zakresie ww. zarzutów podlega umorzeniu. W tym miejscu Izba wskazuje, że celowość i zasadność ww. czynności Zamawiającego znalazła się poza merytoryczną oceną Izby.

Następnie wskazać należy, iż w toku posiedzenia niejawnego z udziałem Stron, Odwołujący cofnął zarzut 5 w całości oraz zarzut 12 w części nieuwzględnionej przez Zamawiającego. Z uwagi na powyższe, Izba uznała, że postępowanie odwoławcze

w zakresie ww. zarzutów podlega umorzeniu. Ww. zarzuty nie podlegały zatem rozpoznaniu przez Izbę.

Izba uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutu 14 dotyczącego naruszenia art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 58 § 1 i 2 oraz art. 353¹ KC poprzez zawarcie w umowie uprawnienia Zamawiającego do żądania wymiany wszystkich dostarczonych urządzeń w sytuacji, gdy co najmniej 2 egzemplarze danego rodzaju urządzenia nie spełniają wymogów Umowy, co jest niezgodne z zasadami współżycia społecznego.

Stosownie do treści art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, do umów w sprawach zamówień publicznych, stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Zgodnie natomiast z art. 58 § 1 KC, czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy. Z kolei stosownie do treści § 2 ww. przepisu, nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego. Jednocześnie w świetle art. 353¹ KC, strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

W zakresie ww. zarzutu Izba podzieliła stanowisko prezentowane przez Odwołującego, iż uprawnienie Zamawiającego zawarte w § 4 ust. 4 wzoru umowy, polegające na możliwości żądania wymiany przez wykonawcę realizującego niniejsze zamówienie wszystkich dostarczonych do tego czasu Zamawiającemu urządzeń, w przypadku gdy po przeprowadzeniu testów losowo wybranych urządzeń, co najmniej 2 egzemplarze nie spełnią wymogów umowy jest nadmierne i prowadzi do rażącej dysproporcji pomiędzy stronami umowy o zamówienie publiczne, czyniąc tym samym ww. postanowienie sprzeczne z zasadami współżycia społecznego. Trudno bowiem uznać za zasadną hipotetyczną wymianę wszystkich dotychczas dostarczonych Zamawiającemu urządzeń, bez względu na to czy są one zgodne z umową, czy też nie, w sytuacji gdy po przeprowadzeniu testów losowo wybranych urządzeń okaże się, iż co najmniej 2 egzemplarze danego rodzaju urządzenia nie odpowiadają wymogom umowy.

W tym miejscu wskazać należy, iż jakkolwiek zasada swobody umów doznaje ograniczeń na gruncie prawa zamówień publicznych, to nie oznacza to, że zamawiający może nadużywać i wykorzystywać swoją pozycję przy formułowaniu postanowień umowy. Umowa w sprawie zamówienia publicznego, wieńcząca proces udzielenia zamówienia publicznego winna uwzględniać interesy obu stron, a sposób formułowania warunków umowy przez Zamawiającego podlega ocenie w kontekście nadużycia prawa (art. 5 KC), ograniczeń swobody kontraktowania (353¹ KC) a wręcz nieważności czynności prawnej

(art. 58 KC). W ocenie składu orzekającego Izby rozpoznającej niniejszą sprawę rażąco nierównomierne obciążenie wykonawcy ryzykiem kontraktowym należy uznać za niedozwolone na gruncie art. 353¹ KC w ramach kształtowania stosunków obligacyjnych. Powyższe implikuje nieważność umowy w sprawie zamówienia publicznego w zakresie zawierającym niedozwolone postanowienia, stosownie do treści art. 58 KC.

Zgodzić się należy również z Odwołującym, iż omawiane żądanie Zamawiającego ukształtowane w § 4 ust. 4 wzoru umowy, którego przedmiotem jest dostawa 1250 terminali, prowadzi do powstania niemożliwego do oszacowania ryzyka, które wykonawca winien ująć w cenie ofertowej. Nie sposób bowiem w niniejszym przypadku przewidzieć, a w konsekwencji obliczyć i wkalkulować w cenę oferty kosztów ryzyka nałożonego na wykonawców w ww. okolicznościach. Tym samym rację miał Odwołujący argumentując, że za nieuprawnione należy uznać takie ukształtowanie stosunku umownego, które nie pozwala profesjonalnemu wykonawcy działającemu z należytą starannością na skalkulowanie ryzyk związanych z realizacją umowy.

Nie sposób również uznać, by przewidziana przez Zamawiającego możliwość wymiany dotychczas dostarczonych Zamawiającemu urządzeń danego rodzaju, w sytuacji gdy co najmniej dwa urządzenia nie będą odpowiadały wymogom umowy była miarodajna i proporcjonalna do wielkości niniejszego zamówienia, w ramach którego wykonawca obowiązany jest dostarczyć 1250 sztuk terminali.

Powyższego stanowiska Izby nie mogła zmienić argumentacja podnoszona przez Zamawiającego, jakoby postanowienie zawarte w § 4 ust. 4 wzoru umowy miało w szczególności charakter prewencyjny i zabezpieczający interesy Zamawiającego, a zbadanie zgodności parametrów urządzeń faktycznie dostarczonych na podstawie umowy będzie problematyczne pod względem logistycznym, w sytuacji gdy rzeczony postanowienie narusza ww. przepisy ustawy Pzp oraz Kodeksu cywilnego.

Z uwagi na powyższe Izba uznała za zasadny ww. zarzut i nakazała Zamawiającemu, zgodnie z żądaniem Odwołującego, zmianę postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie postanowienia § 4 ust. 4 wzoru umowy poprzez usunięcie postanowień dotyczących możliwości żądania przez Zamawiającego wymiany wszystkich dostarczonych do tego czasu urządzeń i dodanie uprawnienia Zamawiającego do wymiany wyłącznie urządzeń, które nie spełniają wymagań wynikających z umowy.

Nie zasługiwały na uwzględnienie zarzuty 7, 9, 16 i 17 odwołania.

Izba nie uwzględniła odwołania w zakresie zarzutu 16 dotyczącego naruszenia art. 91 ust. 2d ustawy Pzp referującego do pozacenowego kryterium oceny ofert – wydajność terminala.

Analiza ww. zarzutu sprowadzała się w istocie do oceny, czy ustanowione przez Zamawiającego pozacenowe kryterium oceny ofert dotyczące wydajności terminala było nieadekwatne do potrzeb Zamawiającego, ze względu na badanie parametrów nadwymiarowej wydajności procesora, względem rzeczywistej eksploatacji niezbędnej dla Zamawiającego.

Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W świetle brzmienia art. 91 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, w tym parametry techniczne, właściwości estetyczne i funkcjonalne. Stosownie natomiast do treści art. 91 ust. 2d ustawy Pzp, zamawiający określa kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały, umożliwiający sprawdzenie informacji przedstawianych przez wykonawców.

Jak wynika zatem z powyższego, celem kryteriów oceny ofert, dobieranych przez zamawiającego dla konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia, jest wybór oferty najkorzystniejszej. Podkreślić należy, iż kryteria oceny ofert winny realizować zasadę przejrzystości, niedyskryminacji, równego traktowania wykonawców, jak również gwarantować, że oferty będą oceniane w warunkach efektywnej konkurencji. Za wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z 16 marca 2003 r., sygn. akt: V Ca 1213/02 wskazać należy, że kryteria oceny ofert powinny preferować rzeczy istotne dla zamawiającego, związane z przedmiotem zamówienia. Ustalone przez zamawiającego kryteria pozacenowe winny być uzasadnione nie tylko z punktu widzenia preferencji zamawiającego, ale także jego uzasadnionych potrzeb. Powyższe oznacza, że wybrany w oparciu o ustalone kryteria oceny ofert wykonawca, oferuje dla zamawiającego lepsze wykonanie przedmiotu zamówienia w odróżnieniu od innych wykonawców.

Przenosząc powyższe rozważania prawne na grunt niniejszej sprawy Izba wskazuje, że kwestionowane przez Odwołującego pozacenowe kryterium oceny ofert dotyczące wydajności terminala, stanowiło niewątpliwie kryterium jakościowe i odnosiło się do przedmiotu zamówienia. Dalej Izba stwierdza, iż z uzasadnienia faktycznego ww. zarzutu nie można wywieść, by Odwołujący kwestionował, że przedmiotowe kryterium oceny ofert jest niejednoznaczne lub niezrozumiałe, czy też że uniemożliwia sprawdzenie informacji przedstawianych przez wykonawców.

Jak już wskazano powyżej wykonawca S&T w istocie podważał zasadność badania wydajności terminala mobilnego poprzez uruchomienie testu wydajności w zainstalowanej na terminalu aplikacji AnTuTu Benchmark, wskazując przede wszystkim, iż aplikacja AnTuTu Benchmark ma zastosowanie do urządzeń konsumenckich typu smartphone, a nie do urządzeń przemysłowych zamawianych przez Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego

zastosowanie Benchamrku AnTuTu jest nieproporcjonalne i nieadekwatne do urządzeń zamawianych w przedmiotowym postępowaniu.

Odnosząc się do powyższego Izba wskazuje, iż Odwołujący wbrew ciężącemu na nim obowiązku wynikającemu z treści art. 190 ust. 1 ustawy Pzp nie wykazał, że test Antutu nie może być wykonany dla urządzeń zamawianych przez Zamawiającego. W ocenie Izby z samego faktu, iż aplikacja AnTuTu Benchmark ma zastosowanie w głównej mierze do badania wydajności urządzeń typu smartphone nie sposób wywieść, że nie może ona znaleźć zastosowania także do urządzeń przemysłowych zamawianych w niniejszym postępowaniu. Powyższe nabiera szczególnego znaczenia w kontekście, niezakwestionowanego przez S&T, stanowiska prezentowanego przez Zamawiającego, który podnosił, iż zarówno urządzenia konsumenckie typu smartphone, jak i przemysłowe będące przedmiotem niniejszego zamówienia mogą pracować na tym samym systemie operacyjnym.

Dalej Izba wskazuje, iż Odwołujący nie odniósł się do argumentacji Zamawiającego zawartej w odpowiedzi na odwołanie w przedmiocie ww. zarzutu, pomijając tym samym okoliczności wskazujące na uzasadnione potrzeby Zamawiającego w badaniu wydajności terminala za pomocą aplikacji AnTuTu Benchmark. W świetle powyższego, za Zamawiającym należy podnieść, iż parametr wydajności terminala wpływa na szybkość działania aplikacji zainstalowanej na urządzeniu służącej konduktorom m.in. do sprawdzenia, wystawiania biletów. Nadto jak argumentował Zamawiający, parametr wydajności terminala będzie miał znaczenie w przyszłości w kontekście planowanej przez Zamawiającego rozbudowy aplikacji sprzedażowej oraz zamiaru wprowadzenia m. in. odczytu i zapisu kart RFID (sprzedaż biletów na kartach RFID), graficznego wyświetlanie zestawienia pociągów i rezerwacji miejsc. Powyższe funkcjonalności, w ocenie Zamawiającego, dodatkowo obciążą wydajność urządzenia, tym samym z powyższych względów uzasadnionym jest pozyskanie urządzeń na chwilę obecną najbardziej wydajnych po to, by wyeliminować konieczność dokonania kolejnych zakupów terminali w najbliższym czasie.

Z uwagi na powyższe zarzut naruszenia art. 91 ust. 2d ustawy Pzp nie mógł zostać przez Izbę uwzględniony.

W ocenie Izby zasadnym jest łączne odniesienie się do zarzutów odwołania wskazanych w punkcie 7, 9 i 17 z uwagi na zbliżone uzasadnienie faktyczne ww. zarzutów.

Odwołujący w zakresie zarzutu 7 kwestionował zastrzeżenie przez Zamawiającego kar umownych za niedotrzymanie deklarowanego czasu ciągłej pracy terminala mobilnego, maksymalnego czasu odczytu kodu 1D i/lub 2D oraz maksymalnego czasu odczytu nośnika RFID (odpowiednio postanowienie § 9 ust. 1 pkt 1.7-1.9). Odwołujący wskazał, że na wpływ długości czasu pracy terminala ma przede wszystkim jakość aplikacji Zamawiającego oraz czynniki środowiskowe dotyczące użytkowania i przechowywania akumulatorów. Z kolei jeśli

chodzi o prędkość odczytu kodów 1D/2D za pomocą wbudowanego, sprzętowego modułu to wynosi on kilkanaście odczytów na sekundę. Jednakże czas reakcji aplikacji zależy jest od sposobu interpretacji danych zawartych w kodzie, sprawdzenia autentyczności (w przypadku kodów zawierających podpis elektroniczny) oraz dodatkowych czynności, które może wykonywać aplikacja. Jeżeli chodzi o wpływ na czas odczytu kart RFID to znaczenie ma uwierzytelnianie i technologie zabezpieczeń użyte w kartach, jak również liczba operacji (komunikacji między kartą SAM i modułem RFID), potrzebnych do przeprowadzenia operacji biznesowych. W zakresie zarzutu 17 Odwołujący podniósł analogiczną argumentację jak w przypadku zarzutu 7 kwestionując przewidziany przez Zamawiającego maksymalny czas odczytu jednego nośnika (2 sek.) oraz czas odczytu jednego kodu (2 sek.). Zbliżoną argumentację jak w przedmiocie zarzutu 7 Odwołujący przedstawił na potwierdzenie zarzutu 9 dotyczącego przypadków uprawniających Zamawiającego do odstąpienia od umowy (§ 12 ust. 1 pkt 1.3-1.5) wskazując, iż prawidłowe działanie urządzeń jest głównie uzależnione od prawidłowej eksploatacji i użytkowania urządzeń oraz od funkcjonowania aplikacji pochodzącej od Zamawiającego. Podsumowując, Odwołujący stał na stanowisku, iż czas pracy terminala, czas pracy odczytu kodów 1D/2D oraz nośnika RFID zależy od okoliczności, na które wykonawca nie ma wpływu, bowiem zmierzenie czasu odczytu ww. kodów oraz nośnika możliwe jest przy zastosowaniu aplikacji Zamawiającego, co rozszerza odpowiedzialność wykonawcy w zakresie okoliczności, które są od wykonawcy niezależne.

Na wstępie wskazać należy, iż sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia jest jedną z najważniejszych czynności związanych z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Czynność ta stanowi jednocześnie obowiązek Zamawiającego, ale i jego uprawnienie, bowiem odzwierciedla rzeczywiste potrzeby Zamawiającego w danym postępowaniu. To Zamawiający ma prawo, wyznaczając cel, jaki zamierza zrealizować, tak określić przedmiot zamówienia, aby opisać go adekwatnie do wyznaczonego celu, zachowując jednocześnie obiektywizm i precyzję w formułowaniu swoich potrzeb.

Ponadto zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Z powyższego przepisu wynika zatem, iż Zamawiający opisując przedmiot zamówienia winien dołożyć staranności, by opis zamówienia był kompletny, jasny, zrozumiały dla potencjalnych wykonawców. Jednocześnie sporządzony przez zamawiającego opis przedmiotu zamówienia winien być niedyskryminacyjny (art. 29 ust. 2 ustawy Pzp).

Podczas oceny ww. zarzutów Izba wzięła pod uwagę stanowisko Zamawiającego prezentowane w toku rozprawy, iż w ocenie Zamawiającego możliwym jest zbadanie zgodności oferowanych urządzeń w świetle parametrów, za które zostały zastrzeżone kary umowne w § 9 ust. 1 pkt 1.7 – 1.9 (czas pracy terminala, czas odczytu kodów 1D/2D oraz czas

odczytu nośnika RFID) bez aplikacji Zamawiającego i niezależnie od technologii używanych na poszczególnych nośnikach RFID. Zamawiający wielokrotnie podkreślał, iż w świetle postanowienia § 4 ust. 4 wzoru umowy, akredytowane laboratorium będzie brało pod uwagę parametry i możliwości samego urządzenia (bez aplikacji Zamawiającego). Izba wzięła również pod uwagę stanowisko Zamawiającego, który wskazywał na błędne rozumienie pojęcia odczytu kodów oraz nośników przez Odwołującego wskazując, iż w świetle zapisów specyfikacji Zamawiający nie bada czasu prezentacji odczytu na ekranie, a w taki sposób odczyt kodów i nośników rozumiał Odwołujący.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał, iż spełnienie parametrów Zamawiającego dotyczących zadeklarowanego w ofercie czasu ciągłej pracy terminala, czasu odczytu kodów 1D/2D (maksymalnie 2 sekundy – odczyt 1 kodu) oraz czasu odczytu nośników RFID (maksymalnie 2 sekundy – odczyt 1 nośnika), za które została przewidziana kara umowna w § 9 ust. 1 pkt 1.7 – 1.9 wymaga badania urządzenia wraz z zainstalowaną aplikacją Zamawiającego, czy też że jest zależne od technologii używanych w poszczególnych nośnikach RFID, co rozszerza odpowiedzialność wykonawcy, w zakresie okoliczności od niego niezależnych. Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu na potwierdzenie swojego stanowiska.

W świetle powyższego stanowiska Zamawiającego oraz braku inicjatywy dowodowej po stronie Odwołującego, Izba uznała także za niewykazane zarzuty dotyczące naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie postawienia przez Zamawiającego wymogu maksymalnego czasu odczytu jednego kodu 1D/2D oraz nośnika RFID – 2 sekundy. Dodać należy, iż Odwołujący nie podnosił w treści odwołania wątpliwości interpretacyjnych w zakresie pojęcia „odczytu” kodu czy nośnika.

W tym miejscu za wyrokiem Izby z dnia 31 sierpnia 2018 r. (sygn. akt: KIO 1613/18) podnieść należy, że postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą, jest postępowaniem kontradyktoryjnym, nie zaś reklamacyjny, ze wszystkimi tego konsekwencjami dla stron postępowania. Tym samym w ramach toczącego się przed Izbą procesu strony są zobligowane do popierania swoich twierdzeń stosownymi dowodami, jak również powinny reagować na oświadczenia oraz zarzuty formułowane przez przeciwników procesowych. W takim procesie rola organu orzekającego ogranicza się w zasadzie do stania na straży gwarancji procesowych stron, tj. udzielania głosu na równych zasadach, dopuszczaniu i przeprowadzaniu wnioskowanych przez uczestników postępowania dowodów i w zakresie merytorycznego rozpoznania ocena zgromadzonego materiału dowodowego oraz dokonanie subsumcji ustalonego stanu faktycznego pod adekwatne normy prawne (wskazane w odwołaniu jako zarzuty) – tak w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 12 marca 2010 r. sygn. akt II UK 286/09. Charakter postępowania (kontradyktoryjność) powoduje, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mają obowiązek wykazywania dowodów na

potwierdzenie faktów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy Pzp i przechodząc do art. 6 ustawy Kodeks cywilny ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Należy zatem wskazać, iż właśnie z tej zasady wywodzi się reguła procesowa ujęta w art. 190 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne.

Ponadto Izba wskazuje na doniosłe konsekwencje wyżej przywołanego stanowiska Zamawiającego w zakresie możliwości weryfikacji dostarczonych urządzeń objętych przedmiotem zamówienia pod kątem spełnienia parametrów, za które zastrzeżono kary umowne w § 9 ust. 1 pkt 1.7 – 1.9 z pominięciem aplikacji Zamawiającego i niezależnie od technologii używanych w poszczególnych nośnikach. W ocenie Izby, jeżeli w toku realizacji niniejszego zamówienia okaże się, iż niemożliwym jest zweryfikowanie stosownie do treści § 4 ust. 4 wzoru umowy przez akredytowane laboratorium tychże parametrów, za które zastrzeżono karę umowną, brak będzie podstaw do obciążenia wykonawcy taką karą umowną.

Jeżeli chodzi natomiast o samą wysokość zastrzeżonych przez Zamawiającego w § 9 ust. 1 pkt 1.7 – 1.9. kar umownych, Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, iż Odwołujący w istocie nie kwestionował wysokości kar umownych przewidzianych w ww. postanowieniu umownym, lecz sam fakt ich zastrzeżenia. Izba wskazuje, że lektura odwołania prowadzi do wniosku, iż brak jest w jego treści choćby jednego zdania, z którego wynikałoby, że zastrzeżone w § 9 ust. 1 pkt 1.7 do 1.9 kary umowne są nadmierne, czy wygórowane. Z powyższych względów Izba nie wzięła pod uwagę argumentacji Odwołującego podnoszonej w toku rozprawy w zakresie wysokości kar umownych zastrzeżonych w ww. postanowieniach umowy, uznając, iż wykraczała ona poza podstawę faktyczną zarzutu 7 odwołania. Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Norma wyrażona w powyższym przepisie wyznacza zakres rozstrzygnięcia Izby, który z kolei determinowany jest treścią odwołania, tj. kwestionowaną w nim czynnością oraz jasnymi i skonkretyzowanymi, przed upływem terminu na wniesienie odwołania, zarzutami składającymi się z dwóch warstw - prawnej oraz faktycznej. Tym samym to na wykonawcy, będącym profesjonalistą, spoczywa ciężar skonkretyzowania stawianych zarzutów na wspomnianych wyżej płaszczyznach. Poza treścią samego odwołania wykonawca nie ma możliwości doprecyzowywania zawartych w nim zarzutów przez wskazywanie na właściwe im okoliczności faktyczne. Jeżeli zatem podnoszone przez odwołującego w toku rozprawy przed Izbą okoliczności nie zostały wyraźnie i wprost ujęte w treści wniesionego odwołania, to ich późniejsze wskazywanie nie może być, w świetle przepisu art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, brane

przez Krajową Izbę Odwoławczą pod uwagę, choćby okoliczności te mieściły się w ramach ogólnie wskazanej podstawy faktycznej zarzutu.

Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, który wskazywał, iż „na etapie oceny ofert Zamawiający nie będzie badał czasu pracy terminala, lecz będzie bazował tylko na deklaracji wykonawcy złożonej w ofercie, stąd wykonawcy muszą liczyć się z tym, że nierzetelne zadeklarowanie czasu pracy terminala, w celu uzyskania maksymalnej punktacji w tym kryterium, spotka się z sankcją w postaci kary umownej. Kryterium czasu pracy terminala ma wagę 15%, a zatem kara za niedotrzymanie tego kryterium musi być na odpowiedni poziomie”. Nie zasługuje w ocenie składu orzekającego Izby rozpoznającego niniejsze odwołanie pogląd, jakoby odstąpienie przez Zamawiającego od należytego zbadania i oceny ofert w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, uzasadniało sankcję w postaci kary umownej zastrzeżonej na „odpowiednim poziomie”. Podkreślić należy, iż to etap badania i oceny ofert powinien dać Zamawiającemu wszechstronną wiedzę w zakresie oferowanego przez wykonawcę świadczenia, w tym w świetle zgodności przedmiotu zamówienia z wymogami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Nie jest prawidłowym działaniem Zamawiającego, który na etapie badania i oceny ofert polega wyłącznie na oświadczeniu wykonawcy, przenosząc weryfikację spełnienia przez przedmiot zamówienia wymogów wynikających z SIWZ dopiero na etap realizacji zamówienia.

Co zaś się tyczy przewidzianych przez Zamawiającego w § 12 ust. 1 pkt 1.3 - 1.5 sytuacji uprawniających Zamawiającego do odstąpienia od umowy Izba wskazuje, rozpoznając zarzut 9 w granicach odwołania, iż nie stwierdziła jakoby ww. postanowienia umowne naruszały art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 58 § 2 KC w zw. z art. 353¹ KC, w szczególności biorąc pod uwagę, że zarzut ten oparty został, podobnie jak zarzuty 7 i 17, na założeniu Odwołującego, iż prawidłowe działanie dostarczanych w ramach niniejszego zamówienia urządzeń uzależnione jest od prawidłowej eksploatacji i użytkowania urządzeń oraz funkcjonowania aplikacji podchodzącej od Zamawiającego, co też Izba uznała za niewykazane przez Odwołującego.

Z uwagi na powyższe nie zasługiwały na uwzględnienie zarzuty 7, 9 i 17 odwołania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

W konsekwencji na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp Izba orzekła w formie wyroku, uwzględniając odwołanie. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku. Zgodnie zaś z § 3 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972 ze zm.), Izba zasądziła od

Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika stanowiące łącznie kwotę 18 600 zł.

Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego o rozdzielenie kosztów postępowania odwoławczego w związku z częściowym uwzględnieniem odwołania przez Zamawiającego. Wskazać należy, iż zgodnie z art. 184 ust. 4a ustawy Pzp, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów w części, gdy po jego stronie do postępowania odwoławczego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca, a odwołujący nie wycofał pozostałych zarzutów, Izba rozpoznaje odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów. Nadto stosownie do treści art. 186 ust. 6 pkt 4 lit. b ustawy Pzp, koszty postępowania odwoławczego, w okolicznościach, o których mowa w ust. 4a, ponosi zamawiający, jeżeli odwołanie, w części zarzutów, których zamawiający nie uwzględnił, zostało uwzględnione przez Izbę. Zgodnie natomiast z § 5 ust. 1 pkt 2 ww. rozporządzenia, w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę, Izba zasądza koszty od zamawiającego na rzecz odwołującego. Z kolei w świetle § 3 pkt 1 i 2 lit. b ww. rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się m.in. wpis oraz uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, w szczególności wynagrodzenie pełnomocników, jednak nie wyższe niż kwota 3600 zł. Z powyższego wynika zatem, iż na gruncie ustawy Pzp oraz aktów wykonawczych do ww. ustawy brak jest możliwości rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego w związku z częściowym uwzględnieniem zarzutów odwołania przez Zamawiającego.

Przewodniczący: